دكتور
اسماعيل عبد النبي شاهين

المدخل الدائم
بين
الحظر والاباحة
في الشريعة والقانون

الطبعة الأولى

١٤٠٨ هـ — ١٩٨٨ م

دار الطباعة المحمدية
٣٠ درب الأتراك بالأزهر — القاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

تصدير

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد البشير النذير ، إمام المتقين . وخاتم المرسلين ، والمبعوث رحمة للعالمين بأفضل تشريع للدنيا والدين ، وعلى آله وصحبه ومن تمسك بشريعته وهدية إلى يوم أن تقوم القيامة ويكون الدين كله لله رب العالمين .

وبعد :

فن المسلم به أن العقد هو أحد الأنشطة الاجتماعية التي تتناول نشاط الإنسان باعتباره عضواً في المجتمع ، وهو يختلف عن العلوم الاجتماعية والاقتصادية والسياسية من حيث اعتماده عليها في استخلاص ما يبتغيه من حقائق تكون أساساً للقواعد القانونية والشرعية التي يجرى العمل على مقتضاها ، ومن هنا فإن أي تحليل سياسى أو اجتماعى أو اقتصادى يجب أن يكون أساسا لأى تنظيم قانونى حتى يمكن وضع القواعد التي تستجيب للضرورات الاجتماعية والاقتصادية ، كي يكون العقد في مضمونه تعبيراً صادقا عن الحقيقة الاجتماعية برمتها .

وترتيبا على ماتقدم ، فقد كان للإسلام منهجه الاقتصادى المستقل سواء في ذلك تنظيمه للعقود بوجه عام ومن بينها بالطبع « عقد الدخل الدائم » باعتباره من العقود التي ترد على الملكية ، أو للقضايا الأخرى كتنظيمه لإيرادات الدولة وماشابه ذلك ، كما كان للإسلام منهجه المستقل — أيضا في حل المشاكل الاقتصادية والاجتماعية ، ومن ثم فلا توجد قضيـــة من

أقضية الوجود الإنسانى إلا وللإسلام فيها حكم منــــذ سطوعه على عالم البشرية ، حيث كان فى مطلعه ثورة على رأس المــال الربوى فى مجتمع الجزيرة العربية ، وحارب الجور والبغى والاستغلال ، حيث قال عز وجل « ولا تبخسوا الناس أشياءهم ، ولا تعثوا فى الأرض مفسدين »(١) .

ولما كان « الدخل الدائم » يتضمن شبهة « الربا » فى بعض صوره ، فهو بذلك يمثل أحد الموضوعات الشائكة فى الفقه الإسلام ولم يتطرق إليه بالبحث الدقيق من قبل فقهاء المسلمين ، عكس ما أولاه إياه فقهاء القانون الوضعى من كتابات تناولت أحكامه وقواعده بصفة عامة — رغم ما اعترى هذه الكتابات من غموض فى كثير من الأحيان .

لما كان الأمر كذلك : آليت على نفسى خوض غمار البحث فى « عقد الدخل الدائم » وبيان أحكامه ومدى شرعيته فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، وقد راعيت فيه الوضوح والإيجاز ، والإلمام النسبى بالمذاهب الفقهية وآراء فقهاء المسلمين ، والمقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ما أمكننا إلى ذلك سبيلا .

أرجو من الله عز وجل أن يوفقنى لخدمة شرعه فى صدق وأمانة ، وأن يجعلنى أحد سدنة هذا المحراب المقدس ، وأن ييسر لى سبيل هذا البحث المتواضع .

« رب اشرح لى صدرى ، ويسر لى أمرى » .

صدق الله العظيم

د . اسماعيل عبد النبى شاهين

---

(١) سورة الشعراء — آية رقم ١٨٣ .

تمهيد

فى

التنظيم الشرعى والقانونى للدخل الدائم

١ – تمهيد :

من المفيد قبل دراسة « عقد الدخل الدائم » أن نبدأها بإعطاء فكرة عن العقد بوجه عام ، ثم نبذة موجزة عن العقود المسماة والعقود غير المسماة ، وتنظيم المشرع الوضعى للعقود المسماة على أساس أن عقد الدخل الدائم من طائفة العقود المسماة فى التقنين المدنى المصرى الذى خصه بتنظيم خاص ، مع أن هذا العقد يعتبر من العقود غير المسماة فى الفقه الإسلامى ، كما سنرى فى حينه .

وننتقل بعد ذلك إلى بيان الأهمية النظرية والعمليه للدخل الدائم قبل بحث القواعد الموضوعية للدخل الدائم باعتباره عقداً عظيم الأثر ، جليل الخطر لأنه يتعلق بمعاملات الناس .

٢ – ماهية العقد فى الفقه الإسلامى :

أولا : فى اللغة :

يطلق العقد فى اللغة على جملة معان منها : الشد ، والربط ، والإحكام ، والتوثيق ، واليمين ، والعهد ، وعلى الإتفاق فى المبادلات كالبيع والصرف

ونحو ذلك ، كما يطلق العقد فى اللغة : على كل ما يفيد إلتزام الإنسان بفعل شيء أو تركه ، لأن هذا الإلزام يعنى الوجوب المؤكد(١) . ومن ثم فإن كلمة العقد — على ما قرره علماء اللغة العربية : هى حقيقة فى الربط الحسى كربط الحبل ، ثم تجوز بها إلى الربط المعنوى بين الكلامين كالربط الحاصل بين الإيجاب والقبول فى عقد البيع أو الإجارة مثلا(٢) ، وعلى ذلك يكون إطلاق العقد على كل التصرفات الشرعية يكون من قبيل المجاز تشبيها للربط الحاصل بين الإيجاب والقبول وإتصالهما ببعضهما على وجه يظهر أثره فى المحل بربط طرفى الحبلين ونحوهما .

ثانيا : فى إصطلاح الفقهاء :

تطلق كلمة العقد فى إصطلاح فقهاء المسلمين على أحد أمرين :

الأول : وهو ما ذهب إليه بعض المالكية والشافعية والحنابلة(٣)

---

(١) انظر : المصباح المنير جـ ٢ صـ ٢٢ ط المطبعة العلمية ١٣١٦ هـ (باب العين مع القاف وما يثلثهما) ، وانظر : القاموس المحيط جـ ١ صـ ٣١٥ ط ١٣٠١ هـ ، وتاج العروس من جواهر القاموس جـ ٢ صـ ٤٣٨ — مادة « عقد » .

(٢) انظر فى ذلك : تفسير المنار للشيخ — رشيد رضا جـ ٦ صـ ٧٨ ط ١٩٧٢ م ، وتفسير المحيط لإبن حبان جـ ٣ صـ ٤١١ ط مطابع النصر الحديثة — المملكة العربية السعودية .

(٣) انظر : الفروق للقرافى جـ ٤ صـ ١٤ ط ١٣٤٦ هـ ، والمغنى لإبن قدامة جـ ٤ صـ ٤ ط ١٣٤٧ هـ .

« كل تصرف ينشأ عنه حكم شرعى » وهذا المعنى هو ما عبر عنه بعض الفقه المعاصر بالقول أن العقد « كل تصرف يصدر عن شخص فيلزمه - منفرداً أو مع آخر - بشىء مشروع على وجـــه يترتب عليه تحقيق مصلحة مشروعة »(١) .

وقد ذهب الجصاص(٢) من فقهاء الحنفية فى كتابه أحكام القرآن مذهب الفقهاء السابقين فى معنى العقد فقرر أن العقد كل ما التزم به الشخص الوفاء بأمر فى المستقبل سواء أكان ذلك الإلتزام بإلزام نفسه أم كان باتفاق مع شخص آخر .

فالعقد بهذا المعنى يشمل التصرفات التى تتم بإرادة واحدة كالهبـــة والنذر والوصية ، وما يتم بإرادتين كما هو الشأن فى عقود البيع والسلم والإجارة « وسواء بعد ذلك أوجب حقا لله تعالى أم حقا للعبد ، وسواء كان عقد معاوضة أو عقد تبرع » وسواء أصدر من شخص حاكم كان أم محكوماً ، وخرج بالتعريف المذكور ، التصرفات التى لا تترتب عليها مصلحة مشروعة كالقتل والجرح والضرب . . إلخ لأنها لا تحقق مصلحة مشروعة .

---

(١) د . حسن على الشاذلى — الشرط فى العقد — دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون ط ١٧٦٨ ص ٣٢

(٢) أحكام القرآن للجصاص الحنفى ج ٢ ص ٣٦٠ ط المطبعة البهية ، مصر ١٣٤٧ ﻫ .

وانظر المغنى — السابق ج ٤ ص ٤ ، ٥ والفروق للقرافى — السابق ص ١٣ ، د . مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العام إلى الحقوق المدنية فى البلاد السورية ج ١ ص ١٩٥ ط ١٩٥٢ م ، د . عيسوى أحمد عيسوى — المدخل للفقه الإسلامى ط دار التأليف ص ٣٩١

ومن ثم فـ « التصرف » أعم من العقد مطلقا ، لأن العقد من بعض أنواع التصرف ، فكل عقد هو تصرف » وليس كل تصرف عقدا ، أى أن بينهما عموم وخصوص مطلق ، ومن المقرر فى القواعد الفقهية والمنطقية أن الأخص يستلزم دائما معنى الأعم ولا عكس .

الثانى :

وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء : حيث يطلق العقد ويراد به تعلق كلام أحـــد المتعاقدين بكلام الآخر شرعاً على وجه يظهر أثره فى المحل »(١) أو هو « إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر »(٢) .

فالعقد بهذا المعنى لا يكون إلا فيما يحدث بين إثنين من تعاقد ،

---

(١) العناية للبابرتى على هامش فتح القدير جـ ٥ صـ ٧٤ ط ١٣١٦ هـ ، حاشية الدسوقى حـ ٣ صـ ٥ ط ١٩٣٤ م وانظر الشيخ على الخفيف أحكام المعاملات الشرعية — الطبعة الرابعة سنة ١٩٥٢ صـ ١٦١ ، عبد الباقى البـكرى — شروط إنشاء العقد وعيوبه فى الفقه الإسلامى ط ٧٤ — ٧٥ صـ ٧ ، د . محمد يوسف سلمان — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى — الطبعة الأولى — مصر ١٩٥٢ صـ ٢٥٤

(٢) انظر : فتح القدير للكمال بن الهمام جـ ٥ صـ ٧٤ ط ١٣١٦ ، د . محمد سلام مدكور — المدخل للفقه الإسلامى ط ١٩٦٦ م صـ ٥٠٦ —٥٠٧ ، والشيخ أبو زهرة — الملـكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ط ٧٧ — ٧٨ صـ ٢٢٤

أو مايتوقف الالتزام فيه على اجتماع إرادتين(١) ، إذ الأصل « فى العقود رضا الطرفين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد »(٢) .

بيد أن هذا الارتباط لابد أن يكون مشروعاً حتى يثبت أثره فى المعقود عليه ، إذ ما أقره الإسلام من عقود هو المعتبر فيما ينتج عنها من أثر .

هذا وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بما ذهب إليه أصحاب هذا الاتجاه حين عرفت العقد فى المادة ١٠٣ منها بأنه « ارتباط إيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره فى محله » .

٣ — الموازنة بين الاتجاهين السابقين فى ماهيـــة العقد فى الفقه الإسلامى :

إذا كان مناط العقد لدى جمهور الفقهاء هو : التحقق من وجود إرادتين متطابقتين وتوافقهما على إحداث أثر معين بكل مايدل على ذلك من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة مفهمة أو غير ذلك : فإن هذا الاتجاه هو الأولى بالقبول — فى رأيى — لأن مايتم بإرادة واحدة يمكن أن يسمى تصرفاً أو التزاماً أوغير ذلك من المسميات لأنها لا تعدو أن تكون إخراجات أو إيقاعات أو إيجابات(٣) وبذلك يمكن وضع الضوابط والمعايير الدقيقة لمعانى المصطلحات الفقهية .

---

(١) أنظر : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ـ السابق ـ الموضع السابق ؛ المجموع للنووى ـ جـ ٩ ص ١٦٢ ـ ط مطبعة الطباعة المنيرية ، والمغنى جـ ٤ ص ٣ والفتاوى لابن تيمية جـ ٣ ص ٣٣٦ ط ١٣٢٨

(٢) الفتاوى لابن تيمية — الموضع السابق .

(٣) د . محمد سلام مدكور — المصدر السابق ص ٥٠٧

٤ — ماهية العقد فى القانون الوضعى:

لا تكاد تختلف نظرة رجال الفقه والقانون عن نظرة رجال الفقه الإسلامى فى بيان ماهية العقد، إذ أنهم يعرفون العقد بأنه « توافق إرادتين على إحداث أثر قانونى، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه »(١).

ويستبين من هذا التعريف أن جوهر العقد هو : توافق إرادتين، ويتحقق هذا التوافق متى كان الموضوع الذى انعقدت عليه كل من الإرادتين واحداً فى جملته وتفصيله، بيد أنه ليس كل توافق إرادتين يكون عقداً، إذ يشترط فى العقد أن يكون توافق الإرادتين حاصلا قصد إحداث أثر قانونى، فإذا اتفق اثنان أو أكثر على أن يخرجا للتنزه معاً فى وقت معين ؛ فلا يسمى ذلك عقداً لأن موضوعه ليس إحداث أثر قانونى(٢).

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى — الوسيط جـ ٢ ص ١٣٨ ط ١٩٥٨، د. إسماعيل غانم — مصادر الالتزام ص ٤٨، ط ٦٧ د. حشمت أبو ستيت — مصادر الالتزام ط ١٩٥٢ ص ٣٨، د. عبد المنعم فرج الصدة — مصادر الالتزام — ص ٥٠ ط ١٩٦٠، د. عبد المنعم البدراوى — مصادر الالتزام ص ٤٠ ط ١٩٧٨م ؛ د. جميل الشرقاوى — النظرية العامة للالتزام (الكتاب الأول — مصادر الالتزام) ص ٤٤ ط ١٩٧٤ م، نزيه المهدى — المدخل لدراسة القانون جـ ٢ ص ٥٦ ط ١٩٨٢م، د. سمير تناغو — المبادىء الأساسية فى نظرية الالتزام — مصادر الالتزام — ص ٩ ط دار المعارف — الاسكندرية.

(٢) أنظر : د. محمد كامل مرسى — شرح القانون المدنى الجديد جـ ١ — الالتزامات ط ١٩٥٤ م ص ٢١، د. سليمان مرقس — شرح القانون المدنى جـ ٢ — الالتزامات ص ٢٣ ط ١٩٦٤

ومن هذا نجد أن القانون يخص العقد بما كان لابد فيه من إرادتين متوافقتين على إحداث أثر قانونى ، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام كما فى عقد البيع الذى ينشىء التزاماً على عاتق البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشترى ، والتزام المشترى بدفع الثمن إلى البائع ، إلى جانب التزاماتهما الأخرى التى ينص عليها القانون أو يتفق عليها الطرفان ، وكما فى الحوالة (حوالة حق أو دين) فإنها ناقلة للالتزام من شخص إلى آخر أو عليه ، أم كان هذا الأثر هو تعديل الالتزام كما فى إضافة أجل الالتزام ؛ أم كان هذا الأثر هو إنهاء الالتزام ، كما فى الفسخ أو الإبراء من الالتزام(١).

أما مايتم بإرادة واحدة ، وما تشمله إطلاق كلمة عقد عند اللغويين ، وعند البعض من رجال الفقه الإسلامى فهو ليس بعقد عند رجال الفقه القانونى وإنما هو إرادة منفردة يترتب عليها التزام من جانب واحد .

٥ — الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى معنى العقد :

استبان لنا من عرض فكرة العقد فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أنها تكاد تكون متحدة فى كل من الفقهين وذلك بالنسبة للاتجاه الثانى فى الفقه الإسلامى فى معنى العقد ، إذ أن هذا الاتجاه لا يجعل ما يتم بإرادة منفردة عقداً ، وهو ما أخذ به الفقه القانونى حيث جعل الإرادة المنفردة مصدراً من مصادر الالتزام وليست عقداً لاختلاف كل منهما فى الخصائص ، والطبيعة والأحكام ، ومن ثم كان القانون الوضعى مختلفاً فى تعريفه للعقد مع ماذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول فى الفقه الإسلامى من أن العقد هو « كل تصرف ينشأ عن حكم شرعى » .

---

(١) أنظر : د. عبد الرازق السنهورى — السابق ص ١٣٩ ، د. حشمت أبو ستيت — المرجع السابق ص ٣٩

هذا وقد سبق أن أشرنا إلى أننا نميل إلى رأى ذوى الاتجاه الثانى وهو رأى جمهور فقهاء المسلمين فى تعريفهم للعقد ؛ وهو التعريف الذى أخذ به فقه القانون المدنى فى مضمونه وفحواه ، مع مراعاة أن الفقه الإسلامى أدق أحكاماً وأبين تصويراً لأنه يستلزم توافر الرابطة المعنوية فوق وجود الرابطة الحسية حتى ينتج العقد أثره .

٦ — العقود المسماة وغير المسماة فى الفقه الإسلامى :

لا شك أن دواعى البحث فى « العقود المسماة وغير المسماة » هو مدى معرفة الفقه الإسلامى لعقـــد يسمى « عقد الدخل الدائم » من عدمه ؟

ولا ريب أن الفقه الإسلامى لم يستقر حتى الآن على عقد بهذا الاسم وبيان ذلك :

أن فقهاء الشريعة الإسلامية لم يضعوا تقسيما للعقد فى ذاته ، بل تناولوا عقوداً ذكروها عقداً عقداً ، ولم يراعوا فى ترتيبها فكرة معينة أو صلة ظاهرة بين متقدم ومتأخر ، وللفقهاء فى هـذا الصدد تقسيمات متعددة يعتمدون فى كل تقسيم منها على اعتبار معين ، فتـارة مثلا يقفون عند اعتبار العوض وجوداً وعدماً فيقسمون العقد إلى عقود معاوضة كالبيع وأخرى تبرع ابتداء كالهبة ، ومعاوضة انتهاء كالكفالة والقرض .. وهكذا وتارة يقفون عند اعتبار اسم العقد وجوداً وعدماً .

وحينما يغلب التعامل بتلك العقود فى زمنهم من عدمه فيقسمون العقد إلى عقد مسمى كعقد الشركة والمضاربة والوكالة ... إلخ وعقد غير مسمى كعقد الاستصناع الذى كان غير مسمى ثم أصبح مسمى حينما غلب التعامل به وبحث الفقهاء أحكامه ، وهكذا الشأن فى عقد التحكير وبيع الوفاء ... إلخ .

فالعقود المسماة فى الفقه الإسلامى : هى العقود التى أقرا التشريع أسماء وأحكاما خاصة لها ويقال لها أيضا « عقود معينة »(١) كالبيع ، والرهن والقرض ، والزواج والخلع والوصية إلى غير ذلك من العقود ، وهذه قد تكفل التشريع ببيان كل مايتعلق بها من وقت استمرار العمل بها .

أما العقود غير المسماة فى الفقه الإسلامى : فهى العقود التى تجد وتنشأ تبعا للحاجة ولم تكن موجودة مستقرة من ذى قبل ، وهذا النوع من العقود لايمكن أن يقف عند حد مادام الفلك يدور والحوادث تتجدد ، غير أنه إذا استقر شىء منها وعرف باسم خاص أصبح من العقود المسماة وأخذ اسماً ثابتا واستقل بأحكامه ، كما هو الشأن فى عقد الاستصناع الذى أصبح من العقود المسماة بعد أن لم يكن كذلك ، وهكذا الشأن فى عقد التحكير ، وبيع الوفاء . . . الخ .

والمشهور من الكتب المسماة فى كتب الفقه خمسة وعشرون عقداً ، تضمنت مجلة الأحكام العدلية ثمانية عشر عقدا منها ، وتختلف المجلة فى بعض ترتيبها عن كتب الفقه ، كما تختلف الكتب الفقهية نفسها فى ترتيبها

وهذه العقود المسماة هى :

(١) البيع (٢) الإجارة (٣) الكفالة (٤) الحوالة (٥) الرهن (٦) بيع الوفاء (٧) الإيداع (٨) الإعارة (٩) الهبة (١٠) القسمة

---

(١) انظر : د الزرقا — المدخل الفقهى العام جـ ١ صـ ٥٣٨ ط ٦٧ — ١٩٦٨ ، محمد سلام مدكور — المصدر السابق صـ ٥٩١ و د عبد الرزاق السنهورى — مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ١ معهد البحوث والدراسات العربية — القاهرة — ٧٨ — .

(١١) الشركة (١٢) للمضاربة (١٣) المزراعة (١٤) المساقاة (١٥) الوكالة (١٦) الصلح (١٧) التحكيم (١٨) المخارجة (١٩) القرض (٢٠) العمرى (٢١) الموالاة (٢٢) الإقالة (٢٣) الزواج (٢٤) الوصية (٢٥) الإيصاء(١)

ويتضح مما سبق أن « عقد الدخل الدائم » ليس من العقود المسماة ، حيث لم يقر له التشريع أسما خاصا وأحكاماً خاصة به ، مما يثير تساؤلا فى هذا المقام ، حول ما إذا كانت العقود فى الفقه الإسلامى واردة على سبيل الحصر أم أن للمتعاقدين الحرية فى إبرام عقود غير التى ذكرها الفقهاء ؟

ونجيب على ذلك بأن الفقه الإسلامى يختلف فى هذا الصدد إلى اتجاهين .

الاتجاه الأول : هو الذى يقرر أن الأصل فى العقود هي أن تكون منظمة من الشارع ، بمعنى أن العقود فى هذا الاتجاه تقابل العقود المسماة فى القانون الوضعى ، ومن ثم فالأصل فى العقود الحظر ، وقد تزعم هذا الاتجاه أهل الظاهر(٢) وهم يستدلون على رأيهم هذا بقول الله تعالى « اليوم أكملت لكم دينكم »(٣) وقول الله تعالى « ومن يتعد حدود الله فأولئك هم الظالمون »(٤) .

---

(١) مصطفى الزرقا — المصدر السابق ص ٥٣٨ . وانظر د : شفيق شحاته ، النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية مطبعة الاعتماد ص ١٢٥ .

(٢) انظر : المحلى لابن حزم جـ ٨ مسألة رقم ١٤٤٦ ص ٤٢٢ ، ومسألة رقم ١٤٤٥ ص ٤١٢ ط ١٣٥٠ وانظر د . محمد يوسف موسى — الأموال ونظرية العقد ص ٤١٥ ط ١٩٥٢ م الشيخ محمد أبو زهرة — المصدر السابق ص ٢٢٤ عبد الباقى البكرى — المصدر السابق ص ٧٩ . وانظر د . حسن الزنون — محاضرات فى القانون المدنى العراقى نظرية العقد ص ٧ ط ١٩٥٦

(٣) سورة المائدة — آية رقم ٣ .

(٤) سورة البقرة — آية رقم ٢٢٩ .

وبما روى عن النبي ﷺ أنه خطب وقال « أما بعد ، فما بال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ولو كان مائة شرط ، كتاب الله أحق وشرط الله أوثق »(١) .

كما روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال « من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد »(٢) .

كما أن كل عقد لايخلو من عهد وشرط ، فإن كان ذلك فى نص القرآن أو السنة ، فلا خلاف فى إيجابه وإنفاذه ، وإن كان غير ذلك كان تحكما فى الدين بالباطل لأنه يؤدى إلى التزام بما حرمه الله وهذا لايجوز .

الاتجاه الثانى : وهو يقرر إمكان الاتفاق على صور أخرى للعقود ، وقد تزعم هذا الاتجاه ابن تيمية (٣) ، وقد استند فى رأيه إلى قول الله عز وجل .

---

(١) الجامع الصحيح للبخارى ج٢ ص ١٣٧ ط ١٣٢٠ ﻫ .

(٢) مسند ابن حنبل ج ١ ص ٧٣ ط دار صادر — بيروت .

(٣) حيث يقول « إن الأصل فى العقود والشروط الجواز والصحة ، ولا يحرم منها ويبطل إلا مادل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا ، أو قياسا عند من يقول به ، وأصول أحمد المنصوص عليها تجرى على هذا القول ، ومالك قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحا للشروط » القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ، تحقيق محمد حامد الفقي — الطبعة الأولى — مطبعة السنة المحمدية ١٩٥١ ص ١٨٨ ، وانظر : د . محمد زكى عبد البر — مبدأ سلطان الإرادة فى الفقه الإسلامى — مجلة إدارة قضايا الحكومة س ٨-٢٤ سنة ١٩٦٤ م ص ٧ ومابعدها ، الصديق محمد الضرير — الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى ط ١ — القاهرة ١٩٦٧ ص ١٠ ، أبو زهرة السابق ص ٢٢٥ . محمد يوسف موسى — السابق ص ٤٤٨ .

يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »(١) وقوله تعالى « فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً »(٢) .

كما أنه ليس فى الشرع ما يدل على تحريم جنس العقود والشروط إلا ما يثبت كله بعينه .

ويستند ابن تيمية كذلك(٣) إلى اعتبار مؤداه أن العقود والشروط من باب الأفعال العادية ، والأصل فيها عدم التحريم ، وقوله تعالى « وقد فصل لكم ما حرم عليكم »(٤) .

وهكذا يبين أن الاتجاه الثانى يرى أن العقود المسماة واردة على سبيل التمثيل لا الحصر .

والراجح :

هو الاتجاه الثانى الذى يرى أن العقود المسماة واردة على سبيل الحصر ؛ وأن كل اتفاق يتوافر فيه الشروط التى يجيزها الفقه الإسلامى يكون عقداً مشروعاً بصرف النظر عن التسمية التى يطلقها المتعاقدان عليه ، ومن ثم فإن ما ذكره الفقهاء من العقود المسماة إنما هى العقود التى يغلب أن يقع

---

(١) سورة النساء آية رقم ٢٩

(٢) سورة النساء آية رقم ٤

(٣) ابن تيمية المصدر السابق — الموضع السابق

(٤) سورة الأنعام آية رقم ١١٣

بها التعامل فى زمنهم ، فإذا استحدثت الظروف المتجددة عقوداً أخرى توافرت فيها الشروط المقررة كانت عقوداً مشروعة(١) .

كما هو الشأن فى عقد « الداخل الدائم » الذى نحن بصدده ، فهو مازال حتى الآن — حسب علمنا — عقداً غـــير مسمى ، فإذا ما أسميناه بهذا الاسم وأقرر ناله أحكاماً خاصة ، أصبح عقداً مسمى .

٧ — الداخل الدائم عقد من العقود المسماة فى القانون الوضعى :

الدخل الدائم عقد من العقود المسماة فى القانون المدنى المصرى نظمت أحكامه المواد ٥٤٥ — ٥٤٨ ، إذ أن ضابط العقود المسماة contrats nommés فى القانون الوضعى(٢) هو وإطلاق المشرع عليها اسما

---

(١) انظر فى ذلك : السنهورى — مصادر الحق فى الفقـه الإسلامى حـ١ — معهد البحوث والدرسات العربية — القاهرة ط ١٩٦٧ صـ٧٨ — ٨١ ، أسباب اختـلاف الفقهـاء للشيخ على الخفيف ط ١٩٥٦ صـ٢٥٦ وما بعدها ، ولنفس المؤلف ، التصرف الإنفرادى والإرادة المنفردة ط ١٩٦٤ صـ٤ .

(٢) انظر : د. عبد الرزاق السنهودى — الوسيط فى شرح القانون المدنى حـ١ نظرية الالتزام ط ١٩٦٤ صـ ١٦٧ — ١٦٩ : د محمد كامل مرسى الملكية والحقوق العينية ، حـ ٢ ط ٣٤ نبذة ٧٩٨ وما بعدها ، د سليمان مرقس — المصدر السابق صـ ٢٩ ، د عبد الحى حجازى — النظرية العامه للالتزام — حـ ٢ مصادر الالتزام ط ١٩٥٤ م صـ١١٦ وما بعدها ، وانظر المادة ١٧٥ من تقنين الموجباب والعقـــود اللبنانى ، والمادة ٧٦ من التقنين العراقى وانظر فى الفقه الأجنبى : =

خاصا ، وقيامه بتنظيم أحكامها تنظيما حاصا ، وما عدا ذلك يطلق عليه : العقود غير المسماة contrats iunommès وهى العقود التى تتوافر فيها كل شروط العقـــد ، ولم يخلع عليها المشرع اسما خاصاً تعرف به ، وتجرى عليها القواعد العامـة ، ومثالها : عقد بيع ينص فيه على التزام المشترى بايواء البائع وإطعامه أو أن يدفع له إيرادا مدى الحياة(١) .

ويعتبر هذا الاتفاق صحيحا طالما لا يخالف القواعد الآمرة المتعلقة بالنظام العام وحسن الآداب ، وكذلك عقد النزول فى فندق حين يلتزم الفندق أن يقدم للنزيل المأوى والمأكل وخدمات أخرى مقابل مبلغ إجمالى .

وتجدر الإشارة إلى أن قائمة العقود المسماة تختلف من دولة إلى أخرى وتزيد أو تنقص بحسب زيادة أو نقص أهمية هـــذه العقود(٢) ، ومدى

Mazaud (h.l et. j): leçans de droit civil tome deuxiémé premier volume ‘ 6 ème édit. t. par chabas. 1978. no 111. p.89. et Ghestin (j) traitè de droit civil des ablijation le contrat 1980 no. 23. p. 15 et tosi (jean—pierre):le droit des abligation au sénégal. 1981. no 65—66.p.40.

(١) انظر فى ذالك colmar ٢٢ يونيه ١٨٥٧ — داللوز ٥٨ — ٢ — ٤٤

(٢) انظر ، د . سليمان مرقس — السابق ص ٢٦ د . محمود جمال الدين ذكى — العقود المسماه ط. دار الكتاب العربى ص ١٠ . د عبد الرزاق السنهورى

شيوعها فى المعاملات بين الناس ، وما يترتب على ذلك من اهتمام المشرع بوضع تنظيم خاص لها أو عدم اهتمامه بذلك ، ومن الأمثلة على ذلك أن التقنين المدنى المصرى القديم لم يكن يضع أى تنظيم خاص لعقود المقامرة والرهان ، والإيراد المرتب والتأمين والتزام المرافق العامة ، على عكس القانون المدنى الجديد الذى وضع تنظيما خاصا لهذه العقود أصبحت معه من العقود المسماة ، بينما نجد القانون الكويتى لم ينظم من هذه العقود سوى عقد التأمين لاعتقاده بأن العقود المشار إليها بها مخالفة صريحة لقواعد الفقه الإسلامى(١) .

وترتيبا على ما تقدم فقد أفرد التقنين المدنى المصرى الحالى للعقود المسماة الكتاب الثانى من القسم الأول ، وراعى فى تبويب العقود المسماة أن يقف عند الموضوع الذى ترد عليه العقود ؛ فهناك عقود ترد على الملكية وهى عقود : البيع ؛ والمقايضة ؛ والهبة ؛ والشركة ، والقرض والدخل الدائم والصلح ، وعقود ترد على المنفعة وهذه هى : الإيجار والعارية ، وعقود ترد على عمل الإنسان ، وهذه هى : عقود المقاولة والعمل . الوكاله والوديعة ، والحراسة ، وعقود احتمالية ترد على موضوع غير محقق وهذه هى عقود : المقامرة ، والرهان ، والايراد المرتب مدى الحياة وعقد التأمين ، وعقود تأمين شخصية وهى تنحصر فى عقد الكفالة(٢) .

= — نظرية العقد ، فقرة ١٢٥ ط ١٩٣٤ د اسماعيل غانم — الوجيز فى عقد البيع ط ١٩٦٣ ص ٤

(١) د بدر اليعقوب — عقد الهبه فى القانون المدنى الكويتى ط ١٩٨٩ ص ٢١

(٢) أنظر فيما سبق : د. محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٦٥

كما تجدر الإشارة إلى أنه لما كان التعاقد مباحاً فى الحدود التى رسمها القانون، وكانت المعاملات فى تطور مستمر، فليس هناك ما يمنع من أن يبلغ بعض العقود غير المسماة مثل هـــذه الأهمية فيبرر ذلك تنظيمها تنظيما تشريعيا وإدخالها فى عداد العقود المسماه(١) وقد حدث ذلك فعلا فى التقنين المصرى الحديث بالنسبة إلى عقدى التأمين والتزام المرافق العامة .

ويجب أن يلاحظ أخيراً أن على القاضى فى العقود المسماة أن يرجع أولا إلى القواعد الخاصة بها المذكورة فى القانون، وإلا رجع إلى القواعد العامة السارية على كل العقود ؛ أما إذا كان العقد غـير مسمى فإن القاضى يرجع إلى القواعد العامة السارية على كل العقود ، وأن يعطيه أحكامه القانونية(٢) . بطريق مفهوم الموافقة أو القياس إذا توافرت شروطه . فيجوز مثلا عن طريق القياس تطبيق بعض أحـكام البيع على عقد الهبة لحكم بيع ملك الغير ... وهكذا وعلى القاضى أن يصف العقد بوصفه

= د . سليمان مرقس المصدر السابق ص ٣٦ ، د. عبد الفتاح عبد الباقى — مصـادر الالتزام فى القانون المدنى الكويتى ج ١ نظرية العقد والإرادة المنفردة ط ١٩٨٣ ص ٥٠ — ٥١ .

(١) أنظر د. سليمان مرقس — السابق الموضع السابق ، د. جمال الدين زكى — العقود المسماة ص٩ — ١٢ ط دار الكتاب العربى

(٢) أنظر : د سليمان مرقس — السابق ص٢٧ ، د. منصور مصطفى — مذكرات فى القانون المدنى — العقود المسماة ط ٥٦ — ١٩٥٧ ص٣ هامش (٢) ، د. سمير تناغو — عقد البيع ط١٩٧٣ ص٦ هامش (٢)

الحقيقى، وأن يعطيه أحكامه القانونية(١) مهتدياً فى ذلك بأحكام الفقه الإسلامى الأكثر إتفاقا واقع ومصالحها(٢).

خلاصة :

وخلاصة القول : أن العقود أنواع كثيرة يختلف بعضها عن بعض فى الأسماء والأحكام باختلاف موضوعاتها، ومن ناحية إسباغ المشرع عليها إسما خاصا من عدمه، فتنقسم إلى عقود مسماة، وعقود غير مسماة، فالعقود المسماة : هى العقود التى نص القانون صراحة على أحكامها كعقد البيع، وعقد الشركة وعقد الدخل الدائم... الخ والعقود غير المسماة : هى التى لا يعرف لها إسم خاص وتجرى عليها القواعد العامة.

ولأن عقد الدخل الدائم هو من العقود المسماة التى نظمها المشرع الوضعى تنظيما خاصا سنتناوله بالتحليل؛ بينما هو عقد غير مسمى فى الفقه الإسلامى على نحو ما نبناه تفصيلا فى حينه.

---

(١) أنظر : د. محمد كامل مرسى - السابق ص ٦٦، د. سمير تناغو - نظرية الالتزام ص٢٢ ط منشأة المعارف بالإسكندرية، د. سليمان مرقس - شرح القانون المدنى - الالتزامات ج ٢ ص٤٥ ط ١٩٦٤، د. أنور سلطان - النظرية العامة للالتزام ج ١ مصادر الالتزام ص ٤٨،٤٧ ط ١٩٦٥، د. جميل الشرقاوى - مصادر الالتزام - ص ٧١ ط٧٦، د. توفيق فرج - نظرية العقد ص ٤٩ ط ٦٩ وراجع : نقض فرنسي فى ٧ يوليه ١٩٢٤ - سيرى - ١٩٢٤ - ١ - ٢٢٣، وأول يوليه ١٩٠٨ داللوز ١٩٠٩ - ١-١١، وأول مايو ١٩١٢ داللوز ١٩١٣ - ١ - ٢٩٧

(٢) أنظر المادة الأولى من التقنين المدنى الكويتى

٩ — الأهمية النظرية والعملية للدخل الدائم :

لقد آثرنا أن نختار الدخل الدائم موضوعا لهذه الدراسة لأنه يثير صعوبات ومشاكل عملية ونظرية عديدة، منها أن له مصادر عديدة، فقد يكون ترتيب الدخل فى صورة عقد قرض، وقد يكون فى صورة عقد بيع، وقد يكون فى صورة هبة أو وصية، كأنه عقد غير مسمى فى الفقه الإسلامى، وهذا يثير البحث فى مدى شرعية هذا العقد فى صوره المختلفة، إذ من المعلوم أن الفقه الاسلامى يستطيع الاستجابة لجميع مطالب الحياة المدنيـــة والتوفيق بين حاجاتها، حتى ولو كان ذلك من طريق الاقتباس. إذ الحكمة ضالة المؤمن خاصة وأننا قد نكون — فى بعض الأحيان — بحاجة إلى اقتباس الأساليب الحديثة فى البحث الفقهى وترتيبه، وإلى بعض الأحكام الجديدة التى نظمتها التشريعات للأوضاع الحقوقية والاقتصادية الحديثة، على أن نخرجها على قواعد فقهنا تخريجا يقيمها على أصوله ويدمجها فيه(١).

١٠ — خطة البحث :

سنقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : فى ماهية الدخل الدائم وخصائصه فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى.

وسنقسم هذا الفصل بدوره إلى أربعة مباحث.

المبحث الأول : فى ماهية الدخل الدائم فى الشريعة والقانون.

المبحث الثانى : فى التطور التاريخى للدخل الدائم فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى.

---

(١) أنظر : د. مصطفى الزرقا ـ المصدر السابق ص ٥

المبحث الثالث : فى خصائص الدخل الدائم ، وأركانه ومميزاته فى كل من الفقه الاسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الرابع : تمييز الدخل الدائم عما يلتبس به من عقود .

الفصل الثانى : فى كيفية ترتيب الدخل الدائم وأحكام الالتزام بدفع الدخل فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى .

وينقسم هـــذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : فى أهم صور ترتيب الدخل الدائم فى الفقه الاسلامى والقانون الوضعى .

وينقسم هذا المبحث بدوره إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أهم صور ترتيب الدخل الدائم فى الفقه الاسلامى .

المطلب الثانى أهم صور ترتيب الدخل الدائم فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث : الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى فى أهم صور ترتيب الدخل الدائم .

المبحث الثانى : فى أحكام الالتزام بدفـــع الدخل الدائم فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى .

وينقسم هذا المبحث بدوره إلى مطلبين :

المطلب الأول : فى أحكام الالتزام بدفـــع الدخل الدائم فى الفقه الاسلامى .

المطلب الثانى : فى أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم فى القانون الوضعى .

المطلب الثالث: فى الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم .

الفصل الثالث : فى انقضاء الدخـــل الدائم فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى .

وسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين .

المبحث الأول : فى أحكام استبدال الدخل الدائم فى الفقه الاسلامى

المبحث الثانى : فى أحكام استبدال الدائم فى القانون الوضعى ويشتمل على مطلبين :

المطلب الأول : فى أحوال استبدال الدائم .

وسنقسم هذا المطلب إلى فرعين :

الفرع الأول : استبدال الدخل الدائم بإرادة المدين .

الفرع الثانى : استبدال الدخل الدائم جبراً عن المدين .

المطلب الثانى : فى كيفية استبدال الدخل الدائم .

المبحث الثالث : فى الموازنه بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام استبدال الدخل الدائم .

الفصل الأول

ماهية الدخل الدائم وخصائصه

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

١١ – تقسيم : –

سنقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث .

المبحث الأول فى ماهية الدخل الدائم فى الشريعة والقانون .

المبحث الثانى : فى التطور التاريخى للدخل الدائم فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الثالث : فى خصائص الدخل الدائم وأركانه ومميزاته فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الرابع : فى تمييز الدخل الدائم عما يلتبس به من عقود .

المبحث الأول

ماهية الدخل الدائم

فى الشريعة والقانون

١٢ — تمهيد :

نستطيع أن نشير بداية إلى أن الفقه الإسلامى لايعرف عقداً بهذا الاسم، ومن ثم فرجع تلك التسمية هو القانون الوضعى وفقهه ، بيد أنه يمكن استخلاص قواعد وأحكام هذا العقد من القواعد العامة ، والعقود المشابهة والمناظرة له فى الفقه الإسلامى وآراء فقهائه فى هذا الصدد، وهو ما يجب أن يضطلع به الفقهاء المعاصرون ، ونحاول جاهدين — ما استطعنا إلى ذلك سبيلا — استخلاص قواعد « عقد الدخل الدائم » وأحكامه وآثاره، وذلك فى إطار بنيان متكامل ، حتى لا يتهم الفقه الإسلام ظلما بعدم مسايرته للتطورات الإجتماعية والاقتصادية والقانونية السائدة فى المجتمعات المعاصرة .

١٣ ماهية الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى :

سبق أن بينا أن الفقه الاسلامى لم يستقر حتى الآن على عقد يعرف بـ « عقد الدخل الدائم » ولا يعدو بحثنا إلا محاولة جادة لاستخلاص أحكام هذا العقد من ثنايا الكتب الفقهية وآراء الفقهاء السابقين إذ أن التشريع الإسلامى لم يكن يهدف إلى بحث القواعد الجزئية للحوادث والوقائع ، وإنما ترك بحث ما يستجد من هذه الوقائع لفقهاء المسلمين وإسباغ الوصف الشرعى عليها من خلال القواعد الكلية للأحكام الشرعية

لأن المقصد العام للتشريع الإسلامى هو تحقيق مايجلب النفع للمسلمين ويدرأ عنهم الضرر (١) ، ومن المعلوم أن تلبية حاجة الإنسان فى مجتمع ماتقتضى التعامل مع الآخرين لسد تلك الحاجات .

ومن ثم ظهر التبادل الفورى فى المعاملات . (٢) كقبض المبيع ودفع الثمن ، ثم اقتضت تلك الحاجيات ما يسمى بـ « التبادل على التراخى » كدفع المبيع فوراً وقبض ثمنه على التراخى فى صورة أقساط ، وأظهر مثال على ذلك هو « عقد الدخل الدائم » الذى نحاول استخلاص تعريف محدد له ، انطلاقا من المقولة الصحيحة بأن « استيعاب الضوابط الكلية للعقود مستقلة عن الجزئيات والفروع ، ييسر رد الفروع إلى الأصول ، والجزئيات إلى الكليات ، واستنباط الثانية من الأولى دون اضطراب .

ولما كان الدخل الدائم يترتب بعقد معاوضة كعقد القرض أو بعقد تبرع كما لو ترتب فى صورة وصية أو هبة(٣) . — كما سنعرف فى حينه —

---

(١) الشيخ / عبد الوهاب خلاف — علم أصول الفقه صـ١٩٨ — الطبعة السادسة سنة ١٣٧٦ هـ — ١٩٥٦ م

(٢) د . عبد الحميد البعلى — ضوابط العقود فى الفقه الآسلامى حـ١ صـ١

(٣) أنظر فى ذلك — د. زكى الدين شعبان ، د . أحمد الغندور — أحكام الوصية والميراث والوقف فى الشريعة الإسلامية ط١٩٨٤م صـ١٦٨ ومابعدها وفضيلة الشيخ محمد أبو زهرة — شرح قانون الوصية دراسة مقارنة صـ١٧٢ وما بعدها ط١٩٥٠

فإنه يمكن استخلاص تعريف للدخل الدائم من مجموع مدلولات هذه العقود ، ومن ثم فإنه يمكننا القول بأن الدخل الدائم عبارة عن : تمليك شخص لشخص آخر عينا أو منفعة تكون له ولورثته من بعده على سبيل الدوام فى شكل عقد أو تبرع أو وصية على أن يدفع الآخر له دخلا دائما نظير تملكه الشيء أو المنفعة (١).

١٤ — شرح التعريف :

قولنا « تمليك شخص » يشمل الشخص الطبيعي « الإنسان » والشخص الاعتبارى (شركة — هيئة — مؤسسة) ، وخرج بقولنا « الشخص آخر » مالو ملك نفسه شيئا بشراءه إياه لنفسه ، فإن ذلك لا يكون دخلا دائما ، وخرج بقولنا « عينا أو منفعة » الرد على من يقول — كما سنعرف فى حينه — أن الدخل الدائم يشمل تمليك المنفعة فقط . ومن ثم يشمل الدخل الدائم تمليك العين أو المنفعة وسواء بعد ذلك أكانت العين عقاراً أم منقولا ، واحترزنا بعبارة « له ولورثته من بعده » مالو ملكه عين شيء أو منفعتها ليستردها المملك عند وفاة من صدر العقد لصالحه ، فإن ذلك لا يعدو أن يكون عارية مقترنة بحياة المستعير ، وخرج بقولنا على سبيل الدوام ، مالو ملكه شيئا أو منفعة لفترة مؤقتة

---

(١) أنظر فى ذلك الفتاوى الهندية ح ٦ ص ١٢٩ ط بولاق ١٣١٠ ﻫ ، والمنتقى شرح الموطأ ح ٦ ط المطبعة التجارية ص ١٦٦ ، والمحلى لابن حزم ح ٩ ص ٥٤٠ ط ١٣٥٠ ﻫ ، د . محمد سلام مدكور — الوصايا فى الفقه الإسلامى ص ٤١٦ - ٤٢٨ ط ١٩٥٨ م ، والشيخ / على الخفيف ، أحكام الوصية ص ٤٨٩ ، د . زكى الدين شعبان ، ود / أحمد الغندور أحكام الوصية والميراث والوقف فى الشريعة الإسلامية ص ٢٦ وبعدها .

بزمن معين فإن هذا لايكون دخلا دائماً ، بل يكون عارية أو أي شيء آخر. أما قولنا أن الدخل الدائم يكون في صورة عقد أو تبرع أو وصية ، فمن أجل أن يشمل الدخل الدائم : الدخل بعوض والدخل بغير عوض .

ومثال الدخل الدائم : أن يوصي شخص بمرتب لجهة من جهات البر الدائمة كالفقراء أو الحرم المكي أو المدني ونحو ذلك ، وكانت الوصية مؤبدة أو مطلقة عن المدة فإنه يخصص من التركة عينا تضمن غلتها تنفيذ الوصية بشرط ألا تزيد قيمتها على ثلث التركة إلا إذا أجاز الورثة الزيادة ، وفي هذه الحالة تصير العين وقفا على الجهة الموصى لها بالمرتب ، فيكون إيرادها دخلا دائما ، للجهة الموصى لها ، زادت على المرتب أو نقصت عنه ، ولا رجوع على ورثة الموصى عند نقص الإيراد ، ولا حق لهؤلاء الورثة عند الزيادة ، لأنه بالوقف قد انقطعت العين عن التركة ، ولم يعد للورثة صلة بإيرادها(١)

١٥ — ماهية الدخل الدائم في القانون المدني :

جاء تعريف الدخل الدائم في المادة ٥٤٥ / ١ من التقنين المدني المصري

---

(١) د . زكي الدين شعبان ، د . أحمد الغندور في مؤلفهما السابق ص١٧٦ ومابعدها وانظر المادة ٢٧٥ من مشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي الجديد حيث جاء فيها « أ - إذا أوصى بمرتب لجهة لها صفة الدوام وصية مطلقة أو مؤبدة ، يخصص من مال الموصى ماتضمن غلته تنفيذ الوصية ، ولا يخصص مايزيد على الثلث إلا بإجازة الورثة .

(ب) وإذا أغل ماخصص للوصية أكثر من المرتب الموصى به استحقته الجهة الموصى لها ، وإذا نقصت الغلة عن المرتب ، فليس لتلك الجهة الرجوع على ورثة الموصى » وانظر قانون الوصية المصري - المواد ٦٤ - ٧٠

حين ذكرت أنه « يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدى على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دوريا يكون مبلغا من النقود أو مقداراً معينا من أشياء مثلية أخرى . . »(١)

وجاء التقنين السورى بهذا النص فى المادة ٥١٣ منه ، كما جاء التقنين المدنى الليبى بهذا النص فى المادة ٥٤٤ . وفى التقنين المدنى العراقى مادة ٦٩٤ بينما خلا تقنين الموجبات والعقود اللبنانى من نصوص تنظم الدخل الدائم(٢)، كما لم يرد فى التقنين المدنى الكويتى أى تنظيم لعقد الدخل الدائم لاعتقاده أن عقد الدخل الدائم يتضمن مخالفة صريحة لقواعد الفقه الإسلامى(٣)

ومثال الدخل الدائم :

أن يقرض عمر سعداً مبلغ ١٠٠٠ جنيه ، ويتعهد سعد بدفع فوائد ٥٠ جنيها مثلا بصفة دائمة ، من غير أن يعين وقتاً للوفاء .

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنين المدنى القديم المادتين ٤٧٩ / ٥٨٣ — ٥٨٥ و ٤٨١ / ٥٨٩ حيث كانت تنص المادة ٤٧٩ / ٥٨٣ — ٥٨٥ على أنه « يجوز أن يشترط فى عقد الاقتراض بالفائدة أن المقرض ليس له طلب رأس المال أبداً ، وأن للمقترض رده فى أى وقت أراد . وفى هذه الحالة يسمى العقد المذكور عقد ترتيب إيراد ، وتسمى الفائدة باسم مرتب ومع ذلك يجوز للمقترض أن يستحصل على حكم برد رأس ماله إذا لم يوف المقترض بما التزم به أو إذا امتنع عن أداء التأمينات المشترطة أو أعدمها أو وضع فى حالة إفلاس . وكانت المادة ٤٨١ / ٥٨٩ تنص على أنه « تتبع القواعد المقررة سابقا فى حالة تقرير مرتبات مؤبدة أو مقيدة مدة الحياة فى مقابلة بيع أو عقد آخر ، أو بمجرد تبرع » .

(٢) د . عبد الرزاق السنهورى — الوسيط فى شرح القانون المدنى جـ ٥ صـ ٤٨٥ ط ١٩٦٢ م

(٣) د . بدر اليعقوب ـ المصدر السابق صـ ٢١

وبهذا الاتفاق (العقد) يصير سعداً مالكاً للأصل، يتصرف فيه كيفما يشاء، ولا يلتزم برده إلى المقرض، ولكن يجوز له إذا أراد هو أن يرده(١)، وطالما لم يرده يجب عليه دفع المرتب المسمى بـ «الدخل الدائم».

١٦ — الموازنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في ماهية الدخل الدائم:

يتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في ماهية الدخل الدائم بوجه عام، وذلك من حيث المصدر، إذ أن الدخل الدائم في كلا الفقهين يكون في شكل عقد معاوضة أو تبرع أو وصية، مع ملاحظة أن الفقه الإسلامي لا يقر عقد ترتيب «الدخل الدائم» إذا كان مصدره قرضاً بفائدة، أو ماشابه ذلك، لأن ذلك يكون - ربا - محرم شرعا، وهو ما سنتناوله تفصيلا عند حديثنا عن طرق ترتيب الدخل ومدى مشروعية كل منها. كما أن الدخل الدائم، يرتب آثاراً تكاد تكون متفقة في كلا الفقهين، وهي أن المدين بالدخل يستطيع أن يوقف دفع هذا الدخل، ويدفع رأس المال إلى المستحق للدخل، وذلك عن طريق استبدال الدخل الدائم بقواعده المحددة التي سنبحثها في حينها والتي تختلف في بعض جزئياتها في الفقه الإسلامي عنها في القانون الوضعي. ؟

---

(١) د. محمد كامل مرسي - السابق ص ٤٠٠

المبحث الثانى

التطور التاريخى للدخل الدائم

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

١٧ — التطور التاريخى للدخل الدائم فى الفقه الإسلامى :

لا شك أن الوقف والهبة هما أهم صور الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى ، ولقد عرف المصريون القدامى الهبه فى بعض صورها ، فقد وجد فى القانون المصرى القديم صورة عقد هبة من شخص لابنه الأكبر ، وأمره بصرف العلاوة لإخوته ، على أن تكون الأعيان غير قابلة للتصرف فيها ، وقد جاء فى مرسوم دهشوران : أن الأراضى التى منع التصرف فيها تكون غلاتها لمن له استحقاقها(١) .

أما الوقف بمعناه الإسلامى فلم يكن معروفاً عند أهل الجاهلية ، وإنما كانوا يعرفون حبس السوائب والبحائر والحوامى وما أشبهها ، وهذا ما أبطله الإسلام بقول الله عز وجل «ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام ولكن الذين كفروا يفترون على الله الكذب وأكثرهم لا يعقلون»(٢) .

ولهذا قيل أن أول وقف فى الإسلام كان وقف عمر بن الخطاب رضى الله عنه الذى جعل ريعه موزعاً بين جهات البر وذوى القربى ، وقد، روى

---

(١) راجع فى ذلك : د.شفيق شحاته — تاريخ القانون .

(٢) سورة المائدة — آية رقم ١٠٣

عن النبي ﷺ أنه لما قدم المدينة ، وليس بها ماء يستعذب غير بئر «رومة» قال : من يشترى بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها فى الجنة ؟ فاشتراها عثمان بن عفان ، وكان دلوه منها كدلاء المسلمين(١).

ثم تتابع الصحابة بعد ذلك فى وقف أموالهم ، فحبس الكثير منهم بعض أموالهم على أولادهم وعلى غيرهم ممن يرغبون فى صلتهم وعلى جهات البر، والخير كما فعل أبو بكر وعثمان وعلى وعائشة وغيرهم(٢).

ولما دخل الإسلام مصر والشام وشمال إفريقيا وغيرها ، أخذ أهل هذه البلاد يقفون بعض أموالهم ، وتتابعوا فى ذلك حتى كثرت أوقافهم حين استرعت نفوسهم إليه ، ولم يجئ «توبة بن نمير» قاضى مصر فى زمن هشام بن عبد الملك حتى كان للأوقاف ديوان مستقل يشرف عليه القاضى.

وفى عصر الأيوبيين والمماليك كثرت الأوقاف حتى صار لها ثلاثين ديوانا وظلت الحكومات المتتابعة تحافظ على الأوقاف التى وقفها أصحابها من أول الأمر على جهات البر والخير وحماية من يلجأ إليها من المستحقين فى الأوقاف الأهلية ، فأنشأت نظارة للأوقاف تتولى شئونها كغيرها من من شئون الدولة الأخرى ، ولما تغيرت النظارات إلى وزارات جعل للأوقاف وزارة مستقلة سميت باسم وزارة الأوقاف فى معظم الدول الإسلامية ، وذلك لما للوقف من الفوائد الكبرى سواء أكان وقفا أهليا أم وقفا خيريا ، فعليه قامت دور العبادة والمنشآت العامة ، وبه حفظت بيوت من الضياع ، وحميت من تكالب الدهر وشروره ، وصينت عائلات من العوز والحرمان(٣).

---

(١) أنظر : نيل الأوطار جـ٦ صـ١٨ ط دار التراث بالقاهرة .
(٢) أنظر المدونة الكبرى جـ٦ صـ١٠٦ ط مطبعة السعادة ١٣٢٢هـ .
(١) د زكى الدين شعبان ، د. أحمد الغندور فى مؤلفها السابق صـ٤٦٩-٤٧٢

ويستبين مما سبق أن الفقه الإسلامى يعرف الوقف والهبة والوصية بأحكامها الدقيقة منذ صدور الإســـلام ، وهى أهم صور الدخل الدائم للموقوف عليهم والموهب لهم والموصى لهم .

١٨ — التطور التاريخى للدخل الدائم فى القانون الوضعى :

سار التقنين المصرى على غرار ما اتبعه الشارع الفرنسى فى شأن الدخل الدائم إذ اعتبره كل من التقنينين نوعاً من القرض ، أو بتحديد أدق عقد قرض لا ينشىء التزاما بالرد فى ذمة المقترض(١) ،ويظهر ذلك جلياً فى المادة ٤٧٩/٩٨٣ من التقنين المدنى القديم التى كانت تنص على أنه «يجوز أن يشترط فى عقد الاقتراض بالفائدة أن المقرض ليس له طلب رأس المال أبداً ، وأن للمقترض رده فى أى وقت أراد ، وفى هذه الحالة يسمى العقد المذكور عقد ترتيب إيراد ، وتسمى الفائدة باسم مرتب» .

ويرجع إلحاق الدخل الدائم بعقد القرض على هذه الصورة لأسباب تاريخية ، ذلك أن أول عقد عينى ظهر تحت تأثير التقـــدم الاقتصادى فى القانون الرومانى هو عقد القرض mutwm أو عارية الاستهلاك . Retde consomm ation وكان يعنى تسليف نقود أو مثليات لاستهلاكها بشرط رد قيمتها أو مثلها ، ولم يكن المقترض فى القانون القديم ملزماً بالرد إلا إذا كان قد تعهد بذلك بأحد العقود الرسميـة ، ثم تطور الأمر فاعتبر مجرد تسليم العين (Res) (نقوداً أو مثليات) يجعل المقترض أو المستعير ملزما بالرد(٢)، ولذلك سمى عقد القرض ، أو عارية الاستهلاك

---

(١) د. محمود جمال الدين زكى — المصدر السابق ص ٢٢٨

(٢) د. صوفى أبوطالب — أبحاث فى مبدأ سلطان الإدارة فى القانون الرومانى ص ٧٢

عقداً عينيا (contra) ومن ثم ينشأ عن عقد القرض : التزام معين القيمة (Certain) - شأن العقد الشفوي والعقد الكتابي - وهو عقد ملزم لجانب واحد وهو المقترض ، ومن ثم يكون من عقود القانون الضيق(١) (droit strict) .

ويستبين مما سبق أن الدخل الدائم بدأت معرفته فى القانون الرومانى فى صورة قرض مستتر، وسمى بالدخل الدائم حتى يستبعد من نطاق القرض فلا تسرى عليه القيود التى تحدد الفائدة. وخاصة القيد الذى كان يقضى- فى القانون الرومانى ، ألا يزيد مجموع الفوائد على رأس المال ، إذ الدائن بالدخل (المقرض) يتقاضى من المدين به (المقترض) فائدة مستمرة ، يتقاضاها هو وورثته من بعده، وبذلك يمكن أن يجاوز مجموع الفائدة رأس المال بكثير، ولم يكن ذلك محرما فى قوانين (جستنيان) حيث اعتبرت الفائدة هنا دخلا دورياً (annusraditus) وليست فائدة(٢) .

---

(١) أنظر فى ذلك: د. عمر ممدوح مصطفى القانون الرومانى ط٣/١٩٥٩ ص٤٧٠ ، د. محمد عبد المنعم بدر، ود عبد المنعم البدراوى — دروس فى القانون الرومانى حـ١ ص٦٢ ، د. عبد الرازق السنهورى — نظرية العقد - القاهرة ط ١٩٣٤ هامش(٣) ص١٢٠ ، والأستاذ / أحمد نجيب الهلالى مع الدكتور/ حامد زكى — البيع والحوالة والمقايضة — الطبعة الثانيه فقرة ٥٤٤، وهامش (٤) ص١١، د/ علاء الدين خروفة — عقد القرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — دراسة مقارنة — ط مؤسسة نوفل بيروت لبنان ص١١٨ ، وجيرار مبادىء القانون الرومانى، الطبعة الثامنة ص ٦٢٤ وما بعدها ، مونييه — مختصر القانون الرومانى، الطبعة الرابعة حـ٢ رقم ١٤٢ وما بعدها .

(٢) السنهورى، الوسيط ص٤٨٢ ط ١٩٦٢

وقد ورث القانون الفرنسى القديم قواعد القانون الرومانى فى هذا الصدد ، فأجاز الدخل الدائم ، وأجازه القانون الكنسى أيضا متغافلا عما يتضمنه من ربا ، بيد أن القوانين المتعاقبة التى قيدت سعر الفائدة ما لبثت أن أحاطت بالدخل الدائم فقيدته بما تتقيد به الفائدة ، وانتقل الدخل الدائم من التقنين الفرنسى القديم إلى التقنين الفرنسى الجديد ، واقتبست غالب أحكامه من التقنين الفرنسى معظم التقنينات الحديثة(١) ، بما فيها التقنين المدنى المصرى .

(١) السنهورى ، المصدر السابق ص ٤٨٢ - ٤٨٣ ، وانظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج٤ ص ٤٢٩

المبحث الثالث

خصائص الدخل الدائم ومميزاته

في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

١٩ - خصائص الدخل الدائم في الفقه الإسلامي :

تتخلص الخصائص العامة للدخل الدائم في :

(أ) الدخل الدائم عقد من العقود الرضائية ، فهو يتم بمجرد التراضي ولا يخضع في انعقاده لشكل معين(١) ، أي أنه بمجرد تمام الرضا بالعقد يتم ويترتب عليه أثره دون توقف على شيء آخر إلا ما يظهر هذا الرضا من عبارة أو ما يقوم مقامها(٢) ، وفي ذلك يقول الله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم .. »(٣) .

(ب) هو عقد غير مسمى - حتى الآن - حيث لم يصطلح على اسم خاص بموضوعه ولم يرتب التشريع له أحكاماً تخصه(٤) .

(ج) الدخل الدائم جائز في حق المدين بالدخل لازم في حق الملتزم به

---

(١) انظر : د. مصطفى الزرقا - المصدر السابق ص٥٧٦

(٢) د. محمد سلام مدكور - المدخل للفقه الإسلامي ص٥٦٦ ط ١٩٦٤ م .

(٣) سورة النساء آية رقم ٢٩

(٤) انظر : ما سبق بند ٧

ومن ثم يملك المدين الرجوع فيم بشرطه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم « من أدرك متاعه بعينه عند إنسان أفلس فهو أحق به »(١) متفق عليه .

(د) الدخل الدائم من عقود التمليكات : وعقود التمليكات هى مايقصد بها تمليك شىء أو منفعة(٢) ، فإن كان التمليك بعوض ، كان الدخل الدائم من عقود المعاوضات ، وإن كان الدخل قد ترتب مجانا ، كان عقد الدخل من عقود التبرعات ، كما لو ترتب الدخل بهبة مثلا .

(ه) الدخل الدائم من العقود العينية(٣) ، فهو لا ينعقد ولا يترتب عليه أثره إلا بتسلم المعقود عليه عينا وهو نفس الدخل لمستحقه ، إذ أن مصدر الدخل — غالبا هو عقد القرض ، أو عقد الهبة ، وكلاهما من العقود العينية فى الفقه الإسلامى .

(و) الدخل الدائم من العقود الزمنية لأن تنفيذه يستغرق مدة من الزمن ، أى أن الوفاء بالدخل يستغرق فترة من الزمن ، ومن ثم كان الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، ويترتب على ذلك أن عقد الدخل الدائم إذا

---

(١) سبل السلام للصنعانى جـ ٣ صـ ٥٣ ط دار الفتح الإسلامى — الإسكندرية .

(٢) انظر : د . وهبة الزحيلى — الفقه الإسلامى وأدلته جـ ٤ صـ ٢٤٤ ط دار الفكر ، د . مصطفى الزرقا المصدر السابق صـ ٥٧٨

(٣) العقود العينية التى لا تنعقد ولا يترتب عليها أثرها إلا بتسليم الشىء المعقود عليه عينا هى على وجه الحصر : عقود خمسة : الهبة ، والاعارة ، والإيداع والرهن والقرض ، وما عدا هذه العقود الخمسة تعتبر عقوداً غير عينية (انظر : د . مصطفى الزرقا — المصدر السابق صـ ٥٧٤ ، د . وهبة الزحيلى — المصدر السابق صـ ٢٤٥) .

فسخ — طبقا لقواعد فسخه الآتى بيانها فى الفصل الثالث لا يكون لهذا الفسخ أثر رجعي(١).

٢٠ — خصائص الدخل الدائم فى القانون المدنى :

تخلص خصائص الدخل الدائم فى القانون المدنى فى :

(١) يخضع الدخل الدائم لنوع التصرف الذى أنشأه(٢) ، فإذا كان التصرف القانونى الذى رتب الدخل الدائم قرضا، كان الدخل الدائم عقداً رضائيا ، إذ أن القرض ليس له شكل خاص وإنما هو عقد رضائى ، يتم بمجرد تلاقى الإيجاب والقبول(٣) ، وإذا كان التصرف القانونى الذى رتب الدخل الدائم هبة ، فإن ترتيب الدخل يجب أن يكون فى ورقة رسمية ، لأن عقد الهبة ذاته يجب أن يفرغ فى الشكل المطلوب قانونا(٤)، وإذا كان التصرف القانونى الذى رتب الدخل الدائم وصية ، وجب إتباع الشكل الواجب فى الوصية(٥) .

(ب) الدخل الدائم عقد من العقود المسماة فى التقنين المدنى تنظمه المشرع المصرى فى المواد ٥٤٥ — ٥٤٨ مبينا فيها قواعده العامة ، وآثاره وانقضائه وقد نحى التقنين المدنى الحالى منحى جيداً فى تنظيم الدخل الدائم ، وتلافى ما كان بالتقنين الملغى من نقص وعيوب بشأن عقد الدخل الدائم ، حيث

---

(١) انظر : د . مصطفى الزرقا — المصدر السابق ص ٥٨٤

(٢) د . محمود جمال الدين زكى المرجع السابق ص ٢٣٠

(٣) د . عبد الرزاق السنهورى — الوسيط جـ ٥ ص ٤٢١

(٤) م ٤٨٨/١ من التقنين المدنى المصرى .

(٥) انظر : د . محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٤٠١ ، والسنهورى الموضع السابق .

كان التقنين الملغي يجمع ما بين العارية والقرض والدخل الدائم والمرتب مدى الحياة فى باب واحد ، أما القانون الجديد ، فقد تكلم فى القرض والدخل الدائم فى العقود التى تقع على الملكية ، بينما ذكر أحكام المرتب مدى الحياة فى عقود الغرر[1] .

(ج) أنه عقد ملزم لجانب واحد هو الدائن بالدخل ، وجائز فى حق المدين به حيث يستطيع المدين استبدال الدخل متى شاء - كما سيأتى تفصيلا.

(د) أنه عقد من عقود حسن النية إذ أن حسن النية صفة لازمة لكل عقـــود التراضى بمعنى أنه يجب على كلا الطرفين التصرف بأمانة وإخلاص[2] .

(هـ) الدخل الدائم - على رأى - عقد مدنى تجارى، ذلك لأن أعمال ترتيب الدخل تمارس غالبا من خلال مؤسسات تجارية ، ويعتبر وسيلة من وسائل تكوين رؤوس الأموال .

(و) الدخل الدائم عقد من العقود الزمنية حيث أنه لا يترتب الوفاء بالالتزام الناشىء عنه بصفة فورية ، وإنما يستغرق الوفاء بهذا الالتزام مدة من الزمن هى مدة نفاذ العقد .

---

(١) انظر : د . محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص١٢٠ ، ود/ محمد كامل مرسى - المصدر السابق ص ٣٩٨

(٢) د . عيسى عبده : العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة بحث مقدم إلى مؤتمر الفقه الإسلامى المنعقد بمدينة الرياض فى ذى القعدة ١٣٩٦ هـ - نوفمبر ١٩٧٦ م ص ١٣٤

٢٢ - التوافق بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في خصائص عقد الدخل الدائم :

يختلف القانون الوضعي عن الفقـه الإسلامي في أهم خصائص عقد الدخل الدائم ، وأهم أوجه الاختلاف بينهما :

١ — الدخل الدائم في الفقه الإسلامي من العقود الرضائية ، أيا كان التصرف الذي أنشأه بينما قد يكون عقداً شكليا في القانون الوضعي وذلك في حالة ما إذا كان التصرف القانوني الذي رتب الدخل الدائم عقداً شكلياً كعقد الهبة ، حيث يجب أن يفرغ في ورقة رسمية ، لأن مصدره يجب أن يفرغ في الشكل المطلوب قانونا .

٢ — الدخل الدائم عقـد من العقود المسماة في القانون المدني حيث سماه المشرع بهذا الاسم ، ورتب له أحكاماً خاصه ، بينما هو لم يزل عقداً غير مسمى في الفقه الإسلامي حتى الآن ، وليس ذلك عيبا في الفقه الإسلامي إذ الأصل في العقود الإباحـة إلا ما ورد الشرع بحظره(١) . فمن حق الناس أن يبتكروا ما يرون من العقود الجديدة التي لم يرد النهي عنها نصا .

وهذا هو تكييف عقد الدخل الدائم (٢) .

---

(١) راجع في ذلك : الأحكام لابن حزم جـ ١ ص ٥٨ — ٦٧ ، تفسير القرطبي جـ ١ ص ٢١٥ ، ط ١٩٢٨م والمقدمات الممهدات جـ ٢ ص ٢١٣

(٢) أنظر : د . محمد البلتاجي : عقود التامين من وجهة الفقه الإسلامي ص ١٥٢ ط ١٩٨٢

ويتفق القانون الوضعي مع الفقه الإسلامي في أن عقد الدخل الدائم من العقود الزمنيه . ومن عقود حسن النية على النحو السابق ذكره في موضعه .

٢٢ — أركان عقد الدخل الدائم وشروط صحته في كل من الفقه الإسلامي والقانون المدني :

سبق أن ذكرنا أن التصرف الشرعي أو القانوني الذي ينشيء الدخل الدائم قد يكون عقد بيع أو عقد قرض (عقد معاوضة) وقد يكون هبة أو وقفا أو وصية (عقد تبرع)، ويترتب على ذلك أن أركان انعقاد الدخل الدائم وشروط صحته هي ذات الأركان والشروط المقررة للتصرف الذي ينشئه (١) ، وتطبيقا لذلك قررت المادة ٢/٥٤٥ من التقنين المدني المصري أنه « إذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبعت في شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التي تسري على القرض ذي الفائدة » .

---

(١) أنظر: حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٦٧٨ ، ط ١٣٨٦هـ ١٩٦٦ م والبدائع جـ ٨ ص ٣٦٦٩ ط ١٣٢٨هـ — وفتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٧٩ - ٩٦ وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ٢ ص ٣٧٧ - ٣٧٨ ط المكتبة التجارية .

وراجع: الخرشي جـ ٥ ص ٥ ط دار صادر بيروت ; ونهاية المحتاج جـ ٢ ص ٢٩٧ ط ١٣٥٧ هـ ، وكشاف القناع جـ ٣ ص ١٧٨ ومابعدها ط ١٩٨٣م وشرح منتهى الإيرادات جـ ٢ ص ١٤١-١٥٩ ط دار الفكر والبحر الزخار جـ ٤ ص ١٣١ ط ١٩٤٨ م والشيخ / أحمد أبو الفتح المعاملات في الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ص ٥٥ - ٥٦ ط ١٣٣٤ هـ — ١٩٢٢ م =

مع مراعاة أن القرض ذو الفائدة هو من باب القرض الذى يجر منفعة ومن ثم فهو ربا لقول الرسول ﷺ «كل قرض جر منفعة فهو ربا» (١) لا تقره قواعد الشريعة الإسلامية، وهو ماسنتحدث عنه تفصيلا عند معالجتنا لطرق أو صور ترتيب الدخل الدائم.

٢٣ — ميزات الدخل الدائم:

يتميز الدخل الدائم بمميزين أساسين:

الأول: أن المستحق للدخل لايستطيع أن يطالب المدين برأس المال مادام يستوفى الدخل فى ميعاده.

الثانى: أن المدين يستطيع — عكس ماسبق — أن يرد رأس المال فيتخلص من آداء الدخل(٢).

ويرى الفقه المصرى (٣) أن جواز أن يرد المدين رأس المال هو

= والشيخ / أحمد إبراهيم — المعاملات الشرعية المالية ص ٢٥٦ — ٢٦٠ ط ١٣٥٥ هـ — ١٩٣٦ ط مطبعة النصر، والشيخ على الخفيف — المصدر السابق ص ١٧٣ وانظر فى فقه القانون المدنى — د محمود جمال الدين زكى — المصدر السابق ص ٢٢٩، د. محمد على عرفة — المصدر السابق ص ٣٥٦

(١) رواه الحارث بن أسامه — وإسناده ساقط (أنظر سبل السلام للصنعانى جـ ٣ ص ٥٣ ط دار الفكر الإسلامى - الإسكندرية.

(٢) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٤ ص ٣٠٤

(٣) د. محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص ٢٢٩، د عبد الرازق السنهورى - السابق ص ٤٩٢ وما بعدها، د محمد كامل مرسى المصدر السابق ص ٤٠٥

الشرط الأساسي الذي يستلزمه عقد الدخل الدائم ، وهو الذي يمنع أن يوجد التزام مؤبد ، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على عدم جواز الرد لأن هذا الاتفاق يكون مخالفاً للنظام العام (١) وقد نصت على المبدأ السابق المادة ٥٤٦/١ من التقنين المدنى المصري بقولها ، « يشترط فى الدخل الدائم أن يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين . ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك ، وهو ماسنتناوله تفصيلا عند حديثنا عن استبدال الدخل الدائم بإرادة المدين أو جبراً عنه .

٢٤ — شكل عقد الإيراد المرتب وطرق إثباته :

لم يحدد القانون المدنى شكلا خاصاً لعقد الدخل الدائم — شأنه فى ذلك شأن الفقه الإسلامى تماماً — ومن ثم وجب اتباع شكل التصرف القانونى الذى رتبه(٢) ؛ فإن كان هذا التصرف القانونى ، قرضا فليس للقرض شكل خاص ، وإنما هو عقد رضائى يتم بموجب تلاقى الإيجاب والقبول ، وسواء أكان هــذا التراضى صريحاً أم ضمنياً(٣) ، وإذا كان التصرف هبة ، فإنه يجب أن يكون فى ورقة رسمية ، وكذلك إذا كان وصية وجب إتباع الشكل الواجب فى الوصية .

أما عن كيفية إثبات ترتيب الدخل الدائم : فإنه يجوز إثباته بالطرق المقررة فى القواعد العامة للإثبات ، إلا أنه لما كان الدخل الدائم غير

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٣٥
(٢) السنهورى — المصدر السابق ص ٤٥٧
(٣) د. محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٤٠١

محدد القيمة بطبيعته، فلا يجوز — لذلك — إثباته بالبينة ولا بالقرائن. بل يجب إثباته بالكتابة أو بما يقوم مقامها، بل إن الكتابة تعتبر ضرورية من الناحية العملية لإثبات ترتيب الدخل الدائم، لأن الالتزام بالدخل الدائم يكون طويل الأمد — عادة — ومن ثم تكون الكتابة حتمية لإثباته(١).

وقد ثار تساؤل حول مضى المدة الطويلة فى اكتساب الحق فى الاستيلاء على مرتبات؟ وأجيب عن التساؤل من قبل الفقه المصرى(٢) بأن ذلك الأمر قد اختلف فيه فى فرنسا، والرأى الصحيح الذى يجب الأخذ به فى القانون المصرى هو أن مجرد استيلاء شخص على مرتبات المدة الطويلة للتقادم لا يدل على أنه صاحب حق إيراد، فيحق له بمقتضى ذلك أن يستولى على مرتبات فى المستقبل لأن الديون لا تكسب بمضى المدة، أما مضى المدة الذى يكسب الحقوق فخاص بالحقوق العينية، أى أنه لا يكفى لإثبات الدخل الدائم أن يكون صاحبه قد استقر يقبضه طيلة خمس عشرة سنة بانتظام، لأنه لا يثبت بالقرائن كما سبق أن ذكرنا، وإذا كان الغالب أن الدخل الدائم يكون فى صورة قرض تعقده الدولة، فإن السندات التى تصدرها الدولة بهذا الغرض تكون هى الشكل المألوف لترتيب الدخل الدائم، وهى فى نفس الوقت الطريقة المعتادة لإثباته.

---

(١) انظر: السنهورى - السابق ص ٤٨٨

(٢) د د محمد كامل مرسى السابق هامش (٣) ص ٤٠١، د. عبد الرزاق السنهورى - السابق - الموضع السابق، وترويلونج نبذة ٤٥١ ومشار إليه فى هامش (٣) ص ٤٠١ للدكتور / كامل مرسى، وبودرى وقال - المصدر السابق ص ٢٣ فقرة ٩٦٠

أما عن كيفية إثبات ترتيب الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى :

فإن هذا العقد شأنه شأن أى عقـــد رضائى يجوز إثباته بكل طرق الإثبات بما فيها الشهادة (١) ، والقرائن (٢) .

وفى هـذا يختلف القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى إذ أن دائرة

---

(١) الشهادة : هى إخبار صـدق لإثبات حق بلفظ : أشهد (فتح القـدير حـ ٧ ص ٣٦٤) أو هى إخبار عن شىء بلفظ خاص (أنظر فى ذلك تفصيلا : حاشية الدسوقى على الشرح الكبير حـ ٤ ص ١٦٤ ، ١٦٥ . وحاشيتا قليوبى وعمـــيرة ـــ حـ ٤ ص ٣١٨ ، د . المرسى عبد العزيز السماحى ـــ جرائم الحدود ـــ وعقوباتها فى الفقـــه الإسلامى ـــ مذكرات على الآلة الضاربة ـــ بدون سنة طبع ص ٣٤ ، وسواء بعد ذلك أكانت الشهادة : شهـادة رجلين أم رجل وامرأتين لقول الله عز وجل (واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحـداهما الأخرى) وذلك لأن شهـادة الرجل والمرأتين تجوز فى قضايا الأموال كالبيع والقروض وكل الديون .

(٢) القرائن : جمع قرينة ، وهى استنباط الشارع أو القاضى لأمر مجهول من أمر معلوم ، ويجوز العمل بها عند جمهور الفقهاء ، فى غير الحدود ، ولا ريب أن ترتيب الدخل الدائم ليس من الحدود ، ومن ثم فهو يثبت بالقرائن .

أنظر فيما سبق : الطرق الحكيمة لابن قيم الجوزية ط ١٩٥٣ ص ٩٧ والأم للشافعى حـ ٣ ص ٨٨ ط ١٩٦٦ م

قواعد إثبات الأموال أوسع مدى فى الفقة الإسلامى منها فى القانون الوضعى. حيث يجوز إثبات كافة الديون بكل طرق الإثبات بما فيها البينة والقرائن في الفقه الإسلامي ، بينما لايجيز القانون الوضعى إثبات ترتيب الدخل إذا زاد عن عشرين جنيها ، أو كان غير محدد القيمة ، — وهو كذلك بطبيعته — ومن هنا كان الأختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الرابع

تمييز الدخل الدائم عن بعض ما يلتبس به من عقود

٢٥ — أولا : التمييز بين الدخل الدائم والمرتب مدى الحياة :-

المرتب مدى الحياة : عبارة عن مبلغ من المال يعطى على أقساط ايراداً دوريا لشخص مدى حياته أو مدة حياة شخص آخر (١) ؛ ومن ثم فهو يتفق مع الدخل الدائم فى أن كلا منهما يصح أن يكون مصدره عقداً من عقود المعاوضة ، أو من عقود التبرع (٢) ؛ كما يصح أن يكون بوصية .

ويختلف الدخل الدائم عن المرتب مدى الحياة من نواح عديدة أهمها :

(ا) الدخل الدائم يكون إلى آجل غير مُسمـىّ ؛ لأنه ايراد دورى مستديم لا ينقطع بموت أحد ، فإذا مات المستحق للدخل انتقل الدخل إلى ورثته ؛ بينما لا يبقى المرتب مدى الحياة إلا مدى حياة من رتب الايراد على حياته ، فإذا مات هذا انقطع المرتب .

ويتفق القانون الوضعى مع الفقه الاسلامى فى هذا الفرق ، إذ أن العمرى جائزة عند جمهور الفقهاء(٣) وصورتها: أن يقول إنسان لآخر :

---

(١) أنظر : أنوار العمروسى — التعليق على نصوص القانون المدنى المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثه فى مصر والأقطار العربية جـ٣ صـ٦٠٣ ط ١٩٨٠ .

(٢) م ٧٤١ من التقنين المدنى المصرى .

(٣) انظر حاشية ابن عابدين جـ٤ صـ٧١٦ ؛ وحاشيته الدسوقى على الشرح الكبير جـ٤ صـ١٠٨ ، والمنتقى شرح الموطأ جـ٦ صـ١٦٦ ؛ —

أعمرتك داري مثلا ، وهي لك عمري أو عمرك ، أو ماعشت أوحياتك أو نحو ذلك ؛ وسميت بالعمرى لتقييدها بالعمر ، وجوازها مستمد من قول الرسول ﷺ « العمرى ميراث لأهلها ؛ أو قال جائزة » متفق عليه (١) وما رواه زيد بن ثابت ، قال : قال رسول الله ﷺ « من أعمر عمرى فهى لمعمره ؛ محياه ومماته ، لاترقبوا ، من أرقب شيئاً فهو سبيل الميراث (٢) رواه أحمد وأبو داود والنسائى . إلى غير ذلك من الأحاديث الكثيرة والواردة فى اجازة العمرى .

واذا كانت العمرى جائزة فى الفقه الاسلامى فهى تتفق مع مفهوم « المرتب مدى الحياة فى القانون الوضعى ، ويختلف هـذا المدلول عن مدلول الدخل الدائم إذ الأخير يكون إلى أجل غير مسمى ، بينما يكون المرتب مدى الحياة ؛ أوالعمرى إلى أجل مسمى هو حياة من رتب الايراد على حياته .

(ب) المرتب مدى الحياة يجوز أن يزيد على سعر الفائدة الاتفاقية أو القانونية ، لأنه ليس كله فائدة لرأس المال ؛ بل جزء منه هو الفائدة ، والجزء الآخر هو فى مقابل استهلاك رأس المال آنا فآنا وشيئاً فشيئاً ، ويتم الاستهلاك كاملا بانتهاء المرتب ، أما الدخل الدائم فكله فائدة لرأس المال - وخاصة إذا كان منشأه عقد من عقود المعاوضة - ولا يستهلك من رأس المال شيئاً بل يجب رده كاملا عند الاستبدال ؛ ويترتب على ذلك

— المغنى - لابن قدامه حـ ٥ ص ٦٢٥ والبحر الزخار جـ ٤ صـ ١٤٣ وما بعدها ط ١٣٦٧ هـ - ١٩٤٨ .

(١) نيل الأوطار للشوكانى حـ ٦ صـ ١٢ ط دار التراث - باب العمرى والرقبى .

(٢) نيل الأوطار للشوكانى المصدر السابق - الموضع السابق .

عدم جواز زيادة الدخل الدائم عن السعر الاتفاقى للفائدة .

فإذا ماتجهنا صوب الفقه الاسلامى ، نجد أنه لايجيز الزيادة على رأس المال أيا كان شكل هذه الزيادة (١) مادامت مشروطه (٢) ، فإذا لم تقع شرطية ذلك فى العقد جاز رد ما هو أفضل من المثل المقترض كما قرره جمهور الفقهاء (٣) ، فإذا كانت هناك زيادة على رأس المال فى رد القرض ـ سواء كان ذلك فى صورة مرتب مدى الحياة (عمرى) أو دخل دائم بمقتضى شرط أو اتفاق ، فلا خلاف على ربوية هذه الزيادة الغير جائزة فى الفقه الاسلامى ، وفى هذا يختلف القانون الوضعى عن الفقه الأسلامى؛ الذى يجب الأخذ بأحكامه فى هذا الشأن ـ وأمثاله وطرح ماعداه من نظم فاسدة

(حـ) المرتب مدى الحياة لاينشئه إلا تصرف شكلى (٤) أما الدخل

---

(١) أجمع الفقهاء على أن كل قرض شرط فيه زيادة فهو حرام ، لما روى عن أبى بن كعب وابن عباس وابن مسعود أنهم نهوا عن قرض جر إلى منفعة ، ولأنه عقد ارفاق وقربة ، فإذا شرط فيه الزيادة أخرجه عن موضوعه ، ولا فرق فى المقدار أو الصفة ؛ (انظر المغنى حـ٤ صـ ٢٨٥ ، ٢٨٦) .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين حـ ٥ صـ ١٦٢ ، والمغنى لابن قدامه حـ ٥ صـ ٢٩٠ ونهاية المحتاج للرملى حـ٣ صـ ٤٢٣ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد حـ ٢ صـ ١٠٩ ، ١١٠ والموافقات للشاطبى حـ ٤ صـ ٤٠ ط مصطفى محمد .

(٣) انظر فى ذلك ؛ المراجع والمواضع السابقة ؛ نيل الأوطار حـ ٥ صـ ٢٣٢ .

(٤) م ٧٤٣ من التقنين المدنى والمصرى .

الدائم - فلم يشترط القانون لترتيبه شكلا خاصا ، ومن ثم يجب اتباع شكل التصرف القانونى الذى رتبه .

ويختلف القانون الوضعى عن الفقه الاسلامى فى هذا الصدد ، إذ أن عقد المرتب مدى الحياة (العمرى) ؛ وعقد الدخل الدائم ليسا من العقود الشكلية فى الفقه الاسلامى كما سبق بيانه .

٢٦ - ثانياً : التمييز بين الدخل الدائم والقرض : -

يتميز الدخل الدائم تمييزاً واضحاً عن القرض ، فالقرض نقل ملكية الشيء على أن يسترد مثله (١) ، أما الدخل الدائم فهو يستوجب رد أكثر من المثل ؛ فضلا عن أن ترتيب الدخل الدائم يلزم الدائن بهذا الدخل ألا يطلب رأس المال من المدين ، بينما يجوز أن يشترط فى القرض العادى بعد العقد أن الدائن يستطيع النزول عن حقه فى طلب رأس المال ، وفى هذه الحالة يصير القرض عقد ترتيب دخل دائم (٢) .

كما أن القرض فى الفقه الاسلامى نوع من السلف يقتضى رد مثله فقط ، ومن ثم فهو يختلف فى خصائصه عن الدخل الدائم الذى نوهنا عنها فى حينه .

٢٧ - ثالثا : التمييز بين الدخل الدائم ، والآجرة فى عقد الايجار :

يتشابه الدخل الدائم مع الايجار من الناحية الاقتصادية فى أن صاحب المال فى الحالتين يجعل الغير ينتفع بما له فى نظير مقابل .

---

(١) السنهورى - السابق ص ٤٢٥ .

(٢) د . محمد كامل مرسى - السابق ص ٤٠١ .

ويفترق الدخل الدائم عن الايجار ، فى أن الدخل الدائم من العقود الناقلة للملكية ، أما الايجار فهو من العقود الواردة على الانتفاع بالشىء ، فهو لا ينقل الملكية ، وانما يلزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالشىء على أن يرده بعينه فى نهاية الايجار (١) ، وتكون الأجرة هى مقابل الانتفاع بالشىء المؤجر ، أما فى الدخل الدائم فإن الايراد الدورى قد يكون هو ثمن المبيع ، اذا كان مصدر الدخل عقد بيع ، وقد يكون هذا الايراد ، دون مقابل إذا كان مصدر الدخل عقد تبرع كعقد الهبة مثلا .

---

(١) السنهورى السابق المصدر ـ السابق .

الفصل الثاني

كيفية ترتيب الداخل الدائم

وأحكام الالتزام بدفع الدخل فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

٢٨ — تمهيد :

سبق أن أشرنا(١) أن الدخل الدائم قد يترتب بمقتضى عقد من عقود المعاوضة ، أو بطريق التبرع أو الوصية ، وقد أشارت المادة ٥٤٠ من التقنين المدنى المصرى إلى ذلك بقولها .

١ — « يجوز أن يتعهد شخص بأن يؤدى على الدوام إلى شخص آخر وإلى خلفائه من بعده دخلا دوريا يكون مبلغاً من النقود أومقداراً معينا من أشياء مثلية أخرى ، ويكون هذا التعهد بعقـــد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية .

٢ — فإذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة ، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة» .

ويستبين من النص السابق أن هناك صوراً مختلفة لترتيب الدخل الدائم ، وأن الدخل متى رتب وجب دفعه دائما إلى صاحبه حتى ينقضى بسبب من أسباب الانقضاء .

---

(١) انظر بند ١٥ من هذا البحث

وعلى ذلك فسنقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : فى الصور المختلفة لترتيب الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الثانى : فى الالتزام بدفع الدخل حتى انقضائه فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى .

المبحث الأول

أهم صور ترتيب الدخل الدائم

فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

٢٩ — تعداد : —

يترتب الدخل الدائم فى صــور عديدة يجمعها أنه يترتب إما بعقد معاوضة(١) أو عقد تبرع(٢) ، وعقود المعاوضة كثيره فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أهمها البيع ، والقرض ، والإجارة ، والصلح عن مال بمال ... الخ .

وعقود التبرعات كثيرة أهمها ، الهبة والوصية والصدقة ، والوقف .الخ

ولا ريب أن بحثنا لا يتعلق باستقصاء العقود التى يمكن أن تكون مصدراً للدخل الدئم بقدر ما يتعلق ببيان وتحليل كيفية ترتيب الدخل

---

(١) عقود المعاضة : هى العقود التى تقوم على أساس إنشاء والتزامات متقابلة بين العاقدين يأخذ فيها كل من الطرفين شيئا ، ويعطى فى مقابلة شيئا .

(انظر فى ذلك د . مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العام حـ١ صـ٥٧٨ طـ ٦٧ — ١٩٦٨ ، د . محمد سلام مدكور — المدخل للفقة الإسلامى صـ ٥٨٨ طـ دار الكتاب الحديث — الكويت

(٢) عقود التبرعات : هى العقود التى يكون التمليك فيها بغير مقابل كالهبة والصدقة والوصية ، والوقف (انظر د . سلام — المصدر السابق صـ ٥٨٩)

الدائم ، ومن ثم كان لزاماً علينا أن نجتزىء أهم عقود المعاوضة وعقود التبرع التى تكون مصدراً لترتيب الدخل الدائم لنبين من خلالها مدى شرعية هذا العقد ، والأحكام الخاصة به .

وعلى ذلك فسنقصر حديثنا — ونحن بصدد صور ترتيب الدخل الدائم على عقدين من عقود المعاضة وعقدين من عقود التبرع .

ولعل أهم عقود المعاوضة التى تنشىء عقد الدخل الدائم عقدى القرض والبيع ، وأهم عقود التبرع التى تنشىء عقد الدخل الدائم : عقدى الوصية والهبة ، وهى العقود التى سنتحدث عن ترتيب الدخل الدائم بمقتضاها فى هذا المبحث ، وهو ما يقتضى تقسيمه إلى مطلبين :

المطلب الأول : فى أهم صور ترتيب الدخل فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : فى أهم صور ترتيب الدخل الدائم فى القانون الوضعى

المطلب الثالث : فى الموازنة بين الفقة الإسلامى والقانون الوضعى فى أهم صور ترتيب الدخل الدائم .

المطلب الأول

أهم صور ترتيب الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى

٣٠ — توضيح : —

يترتب الدخل الدائم فى صور عديدة — كما سبقت الإشارة إلى ذلك أهمها ترتيب الدخل فى صورة عقد قرض : أو فى صورة عقد بيع ، أو فى صورة وصية أو فى صورة هبة ، وسنعالج كل صورة من هذه الصورة فى نبذة مستقلة .

أولا : ترتيب الدخل الدائم فى صورة عقد قرض :

قد يترتب الدخل الدائم بمقتضى عقد قرض(١) .

---

(١) كلمة عامة عن القرض :

القرض لغة : القطع ، أو هو ماتعطيه لتتقاضاه .

وشرعاً : عقد مخصوص يرد على دفع مال مثلى لآخر ليرد مثله (الدر المختار جـ ٤ ص ١٦١) .

مشرعيته : القرض مشروع بالسنة والإجماع فمن السنة ماروى عن ابن مسعود أن النبى ﷺ قال : مامن مسلم يقرض مسلما قرضاً إلا كان كصدقتها مرة » .

[رواه ابن ماجه وابن حيان فى صحيحه والبيهقى مرفوعاً — انظر نيل الأطار جـ ٥ ص ٢٢٩]] وأجمع المسلمون على جواز القرض [المغنى جـ ٤ ص ٣٥٣ ط ١٣٨٣ هـ] .

حكمه : القرض مندوب إليه فى حق المقرض مباح للمقترض للأدلة السابقة — وغيرها .

[انظر فى ذلك تفصيلا : حاشية ابن عابدين — السابق ص ١٦١ ، والمهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣٠٩ — ط بيروت ١٩٥٩ والمغنى جـ ٤ ص ٣٥٣ ط ١٩٨٣] .

عاقده وصيغته : لايصح إلا من جائز التصرف لأنه عقد على المال كالبيع ، ولا ينعقد إلا بالإيجاب والقبول لأنه تمليك آدمى فلم يصح من غير إيجاب وقبول كالبيع والهبة ، ويصح بلفظ القرض والسلف لأن الشرع ورد بهما ، ويصح بما يؤدى معناه ، وهو أن يقول ملكتك هذا على أن ترد على بدله .

مثل أن يقرض زيد بكراً مبلغ ١٠٠٠ ألف جنيه ، ويتعهد بكر أن يدفع لزيد ٥٠ خمسين جنيها شهريا على سبيل الدوام وبذلك يصير بكر — بناء على هذا العقد - مالكا الأصل (١٠٠٠ جنيه) يتصرف فيه كيف يشاء ولايلتزم برده إلى المقرض ، ولكن يجوز له هو — بإرادته — أن يرده إذا أراد ذلك ، وطالما لم يفعل ذلك يجب عليه دفع المرتب .

[انظر : المهذب - السابق الموضع السابق ، والمغنى السابق — الموضع السابق] .

مايجب رده فى القرض : يجب على المستقرض رد المثل فيما له مثل ، وفيما لامثل لها وجهان — عند الشافعية — أحدهما يجب عليه القيمة ، والثانى يجب عليه مثله فى الخلقة والصورة ، لأن النبي ﷺ استسلف من رجل بكراً فرد مثله ، ولأن ماثبت فى الذمة فى السلم ثبت فى القرض كالمثلى [المهذب ج١ ص ٣١١ ، والمغنى — السابق ص ٣٥٧ ، ٣٥٨]

ولذلك لايجوز قرض جر منفعة بإجماع الفقهاء — أى إذا كان مشروطاً — مثل أن يقرضه ألفا على أن يبيعه داره أو على أن يرد عليه أجود منه ، أوعلى يكتب له سفتجة يربح فيها خطر الطريق بدليل ماروى عن عمرو بن شيعب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ نهى عن سلف وبيع والسلف هو القرض .

[راجع فيما سبق تفصيلا : حاشية بن عابدين ج٥ ص١٦٦ط الثانية ١٩٦٦م ، والشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه ج٣ ص ٢٤٤ ط عيسى البابى الحلبى — القاهرة والمهذب للشيرازى — السابق ص ٣١١ ، والمغنى لابن قدامة — السابق ص ٣٦٠] .

ونكتفى بهذا القدر من الأحكام العامة للقرض ومن أراد الاستزادة فعليه بالمراجع المشار إليها وغيرها كثير .

وإذا ترتب الدخل الدائم على الصورة السابقة ، فلاخلاف بين فقهاء المسلمين(١) على تحريمه ، لأنه قرض مشروط فيه الزيادة وهى الدخل الدائم ، ومن ثم كان قرضا شرط فيه الزيادة فكان حراماً بغير خلاف ، لأن ذلك لايعدو أن يكون زيادة فى المال المستحق مقابل أجل ممدود ، وهذا هو ربا النسيئة ، وهى لغة التأخير ، ولا يخالف أحد من العلماء فى أن عرب الجاهلية كانت تعرف هذا النوع من الربا وتمارسه حتى قال العلماء أنه المقصود بالنهى فى آيات سورة البقرة(٢) .

وفى ذلك يقول أبو بكر الجصاص « إنه معلوم أن ربا الجاهلية إنما كان قرضا مؤجلا بزيادة مشروطة ، فكانت الزيادة بدلا من الأجل ، فأبطله الله تعالى »(٣) .

ويقول ابن رشد فى تعريف ربا الجاهلية — المتفق على حرمته — « إنهم — عرب الجاهلية كانوا يسلفون بالزيادة وينظرون »(٤) .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٦٦ .

وحاشية الدسوقى جـ ١ ص ٢٦٦ والشرح الصغير جـ ٣ ص ٢٩٥ ط دار المعارف والمهذب للشيرازى جـ ١ ص ٣١١ ، والمغنى لابن قدامة — السابق ص ٣٦٠ .

(٢) انظر على سبيل المثال ، تفسير الطبرى جـ ٢ ص ١٠١ ط ٣ سنة ١٩٦٨ م ، وتفسير القرآن العظيم لابن كثير جـ ١ ص ٤٦٧ ط دار الشعب والجامع لأحكام القرآن حـ ٢ ص ٣٤٨ ط ١٩٣٣ م .

(٣) أحكام القرآن للجصاص الحنفى جـ ١ ص ٤٩٧ .

(٤) بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ٢ ص ١٢١ ط المكتبة التجارية الكبرى .

والخلاصة :

أن ترتيب الدخل الدائم في صورة عقد قرض بفائدة هو حرام شرعاً بإجماع الفقهاء لاشتماله على ربا النسيئة الجاهلي المحرم شرعاً لأنه قرض جر نفعا مشروطاً، لأن النبي ﷺ «نهى عن سلف وبيع»(١).

والسلف هو القرض في لغة الحجاز .

وقد يكون ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد قرض في صورة سندات تصدرها الدولة أو المصارف الحكومية أو الشركات ، وتكون هذه السندات متساوية في قيمتها الإسمية ، فيكتتب المقترض في السند ، ويقرض الدولة القيمة الإسمية لهذا السند ، على أن يتقاضى منها دخلا دائما سنويا هو الفائدة التي تحدد الدولة سعرها بشرط ألا تزيد هذه الفائدة على السعر القانوني ، فلا يجوز أن يزيد سعر الفائدة على الحد الأقصى المسموح به وهو ٧٪ للفوائد الاتفاقية .

فالمقرض في هذا المثال يتقاضى دخلا دائما سنويا على مبلغ القرض الذي أقرضه للدولة وهو الفائدة التي تحدد الدولة سعرها بشرط ألا تزيد على السعر القانوني المقرر لها ، والدخل الدائم هنا محرم عند جمهور الفقهاء لأنه لا فرق بين أن يقرض الإنسان إنسانا آخر قرضاً بفائدة مشروطة ، وبين أن يقرض الدولة أو إحدى الشخصيات المعنوية ذلك القرض المشروط .

---

(١) رواه أبو داود والترمذي والنسائي عن عبد الله بن عمر بلفظ أن النبي ﷺ قال «لا يحل سلف وبيع ولا شرطان في بيع ، ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك» انظر : نيل الأوطار للشوكاني — السابق جـ ٥ ص ١٧٩ وانظر : الشرح الكبير للمقدسي جـ ٤ صـ ٣٦٠

ومن ثم ينطبق على هذا المثال فى التحريم ما ينطبق على سابقه ، إذ أن إيداع الأموال عند البنوك وشركات التأمين بفائدة محددة سلفاً إنما هو ربا النسيئه الجاهلى الذى كان الزمن فيه يبادل بزيادة رأس المال ، ولا أثر فى هذا الحكم لما جاء فى أذهان الذين يبيحون هذا النوع الحديث من المعاملة بحجة عدم احتوائه على استغلال أو ظلم ، كما لا أثر فى التحريم لكون المعاملة فى الأصل قرضاً أو بيعاً أو غيرهما ، فمتى دخلها الاتفاق على زيادة رأس المال المستحق أصلا متفق عليها سلفاً مقابل زيادة الزمن فهذا هو عين ربا النسيئة الجاهلى »(١) المحرم باتفاق جمهور الفقهاء .

فالمصارف المالية والحكومات والشركات المعاصرة التى تأخذ قروضاً أو ودائع مؤجلة الدفع بزيادة مشروطة تشكل دخلا دائماً للمقرض : هى مؤسسات ربوية ، لأن هذا الدخل الدائم لايعدو أن يكون زيادة فى المال محددة سلفاً مقابل مضى الزمن الذى يظل رأس المال فيه لدى المقرض (الشركة — المؤسسة) وهو عين ربا الجاهلية المتفق على حرمته . فالقرض لا يكون جائزاً إلا بشرطين :

١ — ألا يجر نفعاً ، فإن كانت المنفعة للدافع ، منع اتفاقاً للنهى عنه ، وخروجه عن باب المعروف ، وإن كانت للقابض جاز ، وإن كانت بينهما لم يجز لغير ضرورة ،

٢ — ألا ينضم إلى السلف عقد آخر كالبيع وغيره(٢) .

---

(١) د . محمد بلتاجى - عقود التأمين من وجهة الفقه الإسلامى - ص ٤١ ط ١٩٨٢ م ، وانظر : حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٧٦ — ١٧٧ ، بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٥ ، والمهذب للشيرازى جـ ١ ص ٢٧٧ ، والمغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٦٣ — ١٦٥ ، وأعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٣٥ .

(٢) أنظر : د . وهبة الزحيلى - الفقه الإسلامى وأدلته جـ ٤ ص ٧٢٧ ط دار الفكر .

ويراعى أن إيداع الأموال فى صندوق التوفير وشهادات الاستثمار يطبق عليها حكم القرض ، فلا تحل الفائدة التى يدفعها الصندوق أو البنك لواضعى أموالهم فيها ، كما لايجوز ذلك فى الشركات وبخاصة شركات المضاربة ، وطريق الجواز هو أن يكون الربح غير محدد سلفاً ، وأن يتفق طرفى العقد على ماقد يحدث من خسارة طارئة فيما لو وقعت الخسارة أثناء الاستثمار فى مشروع معين(١) .

فالدخل الدائم الناتج عن شهادات الاستثمار ، وإيداع الأموال فى صندوق البريد ، وأرباح الأسهم المحددة سلفاً : حرام شرعاً ، لأن ذلك لايعدو أن يكون قرضاً بفائدة مشروطة وهو منهى عنه شرعاً باتفاق الفقهاء .

٣٢ — ثانياً : ترتيب الدخل الدائم فى صورة عقد بيع :

لا شك أن عقد القرض هو الصورة الغالبة لترتيب الدخل الدائم . إلا أنه ليس الصورة الوحيدة لترتيب الدخل الدائم ، فالدخل الدائم يصح أن يترتب بعقد البيع ، كما لو باع شخص لآخر عيناً مملوكة له (عقاراً أو منقولا) بثمن هو دخل دائم ، ويتم ذلك بإحدى طريقتين :

الأولى : أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مقداراً معيناً (مبلغ ١٠٠٠ جنيه مثلا) من النقود ؛ ويحول ذلك المبلغ فى عقد البيع ذاته إلى دخل دائم .

---

(١) راجع فى ذلك د/ محمد البلتاجى - المصدر السابق ص ٢٢ هامش (١)حيث يرى - بحق - « أنه لو لم يجر الاتفاق على الإنظار مقابل الزيادة ، فلا حرمة ولا ربا ، فإن جرى فهو الربا ، مما يبين أن هذا الاتفاق هو مناط التحريم بصرف النظر عن أصل المعاملة » .

الثانية : أن يتفق المتبايعان على أن يكون الثمن ذاته رأساً دخلا دائماً، كأن يبيع شخص لآخر سيارة على أن يكون الثمن دفع مبلغ عشرين جنيهاً على سبيل الدوام .

ولبيان مدى شرعية الدخل الدائم فى كلتا الطريقتين ، يجب أولا تكييف الثمن فيهما ، وأنا أميل إلى اعتبار الثمن فى كلتا الطريقتين ركن فى عقد البيع ولا يشكل عقداً مستقلا رغم أنه ترتب فى صورة دخل دائم . ويبقى بعد ذلك أن نبين مدى مشروعية الدخل الدائم فى كل طريقة على حدة.

ولا يثير الأمر أية صعوبة إذا ترتب الدخل الدائم بالطريقة الأولى لأن المتبايعين ارتضيا البيع بشروطه وأركانه بما فيها تحديد الثمن ، غاية الأمر أن الثمن المحدد قد قسط أقساطاً عين عددها ومددها ، ومن ثم فالبيع هنا بيع «مقيد» بشرط ارتضاه المتبايعان ، والتقييد يصاغ عادة بعبارة «على أن، أو «على شرط أن » أو «بشرط أن» ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد(١)، فلو باع شخص لآخر عيناً (سيارة ـ ماشية ـ عمارة . . إلخ) بثمن قدره ١٠٠٠ جنيه على أن يدفع هذا الثمن فى صورة دخل دائم مقداره ٢٠ عشرون جنيهاً شهرياً ، صح البيع وترتب الدخل ، وينتهى ذلك الدخل بدفع آخر قسط يكون متمما لجملة الثمن ، فالثمن محدد ، والأجل محدود بالثمن لأنه جزء منه(٢) . ومن ثم فلا جهالة ولا غرر فى ترتيب الدخل الدائم فى هذه الحالة .

أما إذا كان الدخل الدائم عبارة عن مبلغ يزيد على ذلك الثمن المحدد

---

(١) أنظر . د . مصطفى الزرقا ـ المدخل الفقهى العام جـ ١ ص ٥٠٧ ط ٦٧ — ١٩٦٨ م .

(٢) قرب من ذلك : د . عباس حسنى ، الاشتراط لمصلحة الغير فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن ص ٤٧١ ط مطبعة عكاظ للنشر والتوزيع .

فى مقابل الأجل كأن يبيع شخص لآخر عيناً مملوكة له بمبلغ ١٠٠٠ جنيه على أن يتقاضى دخلا دائماً مقداره ١٠ جنيه لحين رغبة المشترى فى دفع الثمن (مبلغ الـ ١٠٠٠ جنيه) يكون ربا محرم شرعاً(١) ، إذ أنه يتضمن فضل مال فى مقابل تأخير الوفاء(٢) ، وهو عين بيع ربا النسيئة(٣) ، لأن الدخل الدائم هنا عبارة عن « زيادة فى المال المستحق مقابل أجل محدود »(٤) .

ومن ثم فإذا ترتب الدخل الدائم بالطريقة الثانية ، فهو بيع باطل والدخل الدائم يكون محرماً شرعاً ، لأن الفساد يدخل العقد من ناحيتين(٥):

---

(١) انظر : حاشية ابن عابدين جـ٥ ص ٨-١ ، والبدائع جـ٥ ص١٨٣ وبداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ١٢٥ وما بعدها ، القوانين الفقهية لابن جزى ص٢٥٧ — ٢٦٨ ، والمهذب للشيرازى جـ١ ص ٢٧٩ ونهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣٩ ، ومغنى المحتاج جـ ٢ ص ١٢١ ، ١٣٥ ، وحاشية الشرقاوى جـ ٢ ص ٣٠ وما بعدها ، والمغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٦٣ وما بعدها ، وأعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٣٥

(٢) أنظر د . أحمد السعيد شرف الدين ـ عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار (واقعها الحالى وحكمها الشرعى) ص ٢٠٨ ط ١٩٨٢

(٣) ربا النسيئة هو : الذى لم تكن العرب فى الجاهلية تعرف سواه ، وهو المأخوذ لأجل تأخير قضاء مستحق إلى أجل جديد سواء كان الدين ثمن مبيع أو قرض [انظر فى ذلك : البدائع للكاسانى جـ ٥ ص ١٨٣ ، حاشية الدسوقى جـ ٢ ص ٤٧ ، وبداية المجتهد جـ ٢ ص ١٢٩ ، والمهذب للشيرازى جـ ٢ ص ٢٧٧ ، والمغنى جـ ٤ ص ١٦٣ وانظر د . وهبة الزحيلى المصدر السابق ص ٦٧٠

(٤) أنظر : د . محمد بلتاجى — المصدر السابق ص ٣٢

(٥) قرب من ذلك : الصديق الضرير ـ المرجع السابق ص ٦٣٧-٦٣٨

الغرر(١) ، والربا(٢) .

(١) الغرر عند الحنفية : هو المجهول : أى الشىء الذى لا يعرف مآ له، هل هو الوجود أم العدم ؟ أو هو ما يكون مستور العاقبة [البدائع جـ٥ ص ٢٦٣ ط ١٩١٠ ، والمبسوط للسرخسى جـ ١٢ ص ١٩٤ ط مطبعة السعادة] .

وعند المالكية : هو الجهل بوجود الشىء أو الجهل بصفته [حاشية الدسوقى جـ ٣ ص ٤٩ ط ١٣٠٩ هـ ، والفروق للقراف جـ ٣ ص ٢٦٥ ط ١٣٤٤ هـ] .

وعند الشافعية : هو كل عقد خفيت عاقبته عنا، أو هو ما احتمل أمرين أغلبهما أخوفهما [نهاية المحتاج للرملى جـ٣ ص ٣٩٢ ط ١٣٥٧ هـ .

وعند الحنابلة : هو ما لا يقدر على تسليمه ؛ ومن معانيه أيضاً ما جهل مقداره ؛ ومن معانيه أيضاً ما يتردد بين الوجود والعدم [أنظر المغنى جـ ٤ ص ٢٧٢] .

وعند الظاهرية : هو ما عقد على جهل بمقداره وصفاته حين العقد [المحلى جـ ٨ ص ٤٥٠ ط مطبعة الإمام بمصر] .

ويراعى أن معنى الغرر فى القانون الوضعى يقترب من معناه فى الفقه الإسلامى ، إذ أن العقود الاحتمالية فى القانون الوضعى تقابل عقود الغرر فى الفقه الإسلامى ، والعقد الاحتمالى هو الذى لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنه أو أحدها عند إبرامه ، بل تتوقف فيه تلك القيمة على عوامل مستقبلة للصدفة فيها أثر كبير [انظر د / عبد الفتاح عبد الباقى : مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى مقارنا بالفقـــه الإسلامى وأحكام المجلة جـ ١ نظرية العقد ص٦٦ الكويت - بدون تاريخ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى جـ ٥ ص ٣٠٠ ، د . أحمد السعيد شرف الدين — السابق ص ٢٣٠ — ١٤٠] .

(٢) أنظر تعريف الربا : حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ١٩٨ ، المهذب جـ ١ ص ٢٧٧ والمغنى جـ ٤ ص ١٦٣ وما بعدها .

فإن من يبيع لآخر شيئا على أن يكون الثمن رأسا دخلا دائما ق صورة مرتب شهرى — مثلا — مقداره عشرون جنيها ، ودون أن يتحدد الثمن يكون داخلا على أنه سيأخذ أكثر مما يعطى وهذا ربا(١)

وإذا كان من المقرر فى الفقه الإسلامى أن الرضا شرط لصحة العقود والتصرفات : وأن صحة الرضا ، وصحة التصرف تقتضى علم الراضى بمحل التصرف ، وهذا العلم ضرورى لمعرفة مقدار وأجل ما يحصل عليه من عوض فى مقابل ما بذل للمتعاقد الآخر(٢)

فإن تخلفت هذه الشروط — أو أحدها — كان هذا يعنى قيام المعاوضه على الجهالة وبالتالى اشتمالها على الغرر ، ولا يترتب عليها حكمها شرعاً ، إذ أن ثمن البيع مجهول القدر(٣) ، ومن ثم يؤدى إلى المنازعه . وإذا كان المتعاقدان قد ارتضيا ذلك ، فلا اعتداد بهذا الرضا ، لأن الرضا بالمجهول لا يعتد به شرعا ولا تصلح به المعاوضه(٤) وبالتالى لا يصلح سبباً شرعيا لترتيب الدخل لاتفاق جمهور الفقهاء(٥) على بطلان البيع بثمن مجهول والثمن هنا مجهول فبطل البيع وبطل ما يترتب عليه من دخل دائم .

---

(١) لأن العقد يكون من العقود الربوية حتى ولو لم يشترط فيه الربا صراحة متى كان منتجا للربا (انظر فى ذلك: حاشيه ابن عابدين ج ٥ ص ١٦٧ - ١٦٩ ومصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور / عبد الرزاق السنهورى ج ٣ ص ٢٣٧ ط. القاهرة ١٩٦٧ م

(٢) انظر : د . محمد سعيد شرف الدين — المصدر السابق ص ١٤١

(٣) د الصديق محمد الضرير المصدر السابق ص ٢٤

(٤) حسين حسان — حكم الشريعة الإسلامية فى عقود التأمين — جدة — ١٩٧٦ ص ٦٢

(٥) جاء فى المهذب ج ١ ص ٢٧٣ ما نصه « ولا يجوز البيع إلا بثمن =

ثالثاً : ترتيب الدخل الدائم بطريق الهبة :

يترتب الدخل الدائم بطريق الهبة ، وذلك يكون فى صورتى «العمرى» و «الرقبى» ، وهما نوعان من الهبة(١) يفتقران إلى مايفترق إليه سائر

= معلوم القدر ... » وانظر حاشية ابن عابدين حـ ٥ صـ ٤٥٢ ، وحاشية الدسوقى حـ ٣ صـ ٤٩ والمغنى لابن قدامة حـ ٤ صـ ٣٤

(١) كلمة عامة عن الأحكام العامة لعقد الهبة :

الهبة فى اللغة : هى مطلق التفضل والتبرع على الغير ، سواء أكان ذلك بمال أم بغير مال .

وفى اصطلاح الفقهاء : تمليك العين مجانا حال الحياة بلا عوض (وقد تكون بعوض) [انظر حاشية ابن عابدين حـ ٥ صـ ٦٨٧ ، والدر المختار حـ ٥ صـ ٦٨٧ ، نهاية المحتاج حـ ٤ صـ ٢٩٤ والمغنى حـ ٦ صـ ٢٤٦]

مشروعيتها : الهبة مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول :

فمن الكتاب قوله تعالى «إن تبدوا الصدقات فنعما هى» [سورة البقرة آية ١٧١] فالله قد مدح الصدقات وحث عليها ، وفى هذا من الاستحسان مايدل على مشروعيتها .

ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم «تهادوا تحابوا» [سبل السلام حـ ٣ صـ ٩٢] ووجه الدلالة من الحديث أن الرسول ﷺ حث على الهدية وهى شاملة الهبة ، ولو كانت غير مشروعة لما حث عليها فدل ذلك على مشروعيتها .

. . . .

= وأما الإجماع : فقد أجمع الفقهاء على مشروعيتها منهم الرملي وابن قدامة [انظر المغني حـ٦ ص ٢٤٧ ، ونهاية المحتاج جـ ٤ ص ٢٩٤]

وأما المعقول : فإن الهبة فيها من تأليف القلوب وتقوية روابط الصلة والمودة ، مالا يخفى على كل ذي عقل سليم ، فضلا عن أنها تعد ضربا من ضروب التعاون .

حكمها : حكمها بوجه عام ثبوت الملك للموهوب له غير لازم فله الرجوع والفسخ وعدم صحة خيار الشرط. [حاشية ابن عابدين حـ ٥ ص ٦٨٨ والمهذب جـ١ ص ٤٥٥ ، والمغني حـ ٦ ص ٢٥٦]

أركانها : (١) الصيغة (٢) الإيجاب والقبول (عند جمهور الفقهاء وهم المالكية والشافعية والحنابله ، وزفر ، والشيعه [انظر بداية المجتهد حـ ٢ ، ص ٣٧٩ ، والمهذب حـ ١ ص ٤٥٣ وشرح منتهى الايرادات حـ ٢ ص ٥١٩ ، والبحر الزخار جـ ٤ ص ١٣١] بينما ذهب الإمام أبو حنيفة وصاحباه إلى ان القبول لايشترط في الهبة . وإنما هو شرط لثبوت الملك فقط (البدائع حـ ٨ ص ٣٦٦٩ (٣) محل الهبة (٤) العاقدان [انظر في ذلك تفصيلا : البدائع حـ ٨ ص ٣٦٧٧ ، بدايه المجتهد حـ٢ ص ٣٧٧ . وحاشية الدسوقي جـ ٣ ص ٧٩ - ٩٦ . نهايه المحتاج جـ ٤ ص ٢٩٧ : ٢٩٨]

شروطها : يشترط في الواهب : أن يكون حراً بالغاً عاقلا غير محجور عليه لدين أو سفه أو عته أو غفلة .

ويشترط في الموهوب له : أن يكون موجوداً حقيقة لا حكماً وقت الهبه بأن يكون مولوداً حيا .

=

الهبات . من الإيجاب والقبول والقبض . أو ما يقوم مقام ذلك عند من قال بصحتهما . باعتبارهما ضربان من ضروب التبرع . ومن ثم فالعمرى والرقبى هما الصورتان المثليان للدخل الدائم فى الفقه الإسلامى .

وصورة العمرى : أن يقول إنسان لآخر أعمرتك هذه الدار حياتك أو جعلتها لك عمرك . أو عمرى . أو ماعشت . أو نحو ذلك(١) وسميت بالعمرى لتقييدها بالعمر(٢) .

وصورة الرقبى : أن يقول أرقبتك هذه الدار . أو دارى لك رقبى . ومعناه وهبت لك ، وكل واحد منا يرقب صاحبه . فإن مت قبلى عادت إلى وإن مت قبلك فهى لك(٣)

ومن صورها أن يتفق شخصان لكل منهما دار على أن تكون الداران ملكاً لآخرهما موتاً أى أن تكون دار من مات منهما أولا ملكاً للآخر

= ويشترط فى الشيء الموهوب له : أن يكون موجوداً وأن يكون متقوماً وأن يكون مملوكاً فى نفسه . وألا يكون متصلا بمال الواهب اتصال قرار كالزرع والشجر [انظر فى ذلك تفصيلا : حاشية ابن عابدين جـ ٥ صـ ٦٨٨ . وحاشية الدسوقى جـ ٣ صـ ٧٧ . نهاية المحتاج جـ ٤ صـ ٢٩٧ . ٢٩٨]

ونكتفى بهذا القدر من الأحكام العامة للهبة فى الفقه الإسلامى . ومن أراد مزيداً من التفصيلات فعليه أن يرجع إلى ما أشرنا إليه من مراجع وغيرها كثير - للاستزادة .

(١) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٥ صـ ٦٨٩ ط ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م . والمهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٤٥٥

(٢) انظر فضيلة الشيخ على الخفيف . التصرف الإرادى والإرادة المنفردة صـ ١٨٩ ط ١٩٦٤م

(٣) المهذب للشيرازى - السابق - الموضع السابق . وانظر البدائع جـ ٨ ص ٣٦٧٢ - ٣٦٧٣ . وحاشية الدسوقى جـ ٣ صـ ١٠٨ والمغنى جـ ٦ صـ ٣٠٢

مضمومه إلى دائرة . وسميت رقبى من الرقوب والتراقب ، إذ أن كلا من طرفيها يرتقب موت صاحبه .

وهذا الضرب من التبرع « كان معروفا فى العرب قبل الإسلام ، وكانت عاداتهم فيه رجوع الشىء المعطى إلى صاحبه بعد موت من أعطى له »(١)

وقد ذهب جمهور فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة(٢) إلى جواز العمرى وأن محل التصرف فيها هو رقبة العين(٣) فينتقل بها ملك العين إلى من أعطيت له وهو « المعمر » بالفتح . وقد نقل هذا عن جابر وابن عمر ، وابن عباس وشريح ومجاهد وطاووس ، وهو مذهب أهل الرأى بما فيهم الحنفية والشافعى والثورى والزيدية .

واحتجوا بعدة آثار منها ماروى عن أبى هريرة رضى الله عنه عن النبى ﷺ قال « العمرى ميراث لأهلها أو قال هى جائزة » متفق عليه(٤)

ومنها ماروى عن زيد بن ثابت قال : قال رسول الله ﷺ « من أعمر عمرى فهى لمعمره محياه ومماته ، لا ترقبوا ، من أرقب شيئا فهو سبيل الميراث »(٥) رواه أحمد والنسائى

---

(١) الشيخ على الخفيف — السابق — الموضع السابق .

(٢) انظر : حاشية ابن عابدين جـ ٥ ص ٦٨٩ ، فتح القدير جـ٧ ص ١١٨ ، ١١٩ ، والبدائع جـ ٨ ص ٣٦٧٢ - ٣٦٧٣ ط ١٣٢٨ هـ ، والمهذب جـ ١ ص ٤٥٥ والمغنى لابن قدامة جـ ٦ ص ٣٠٢ - ٣٠٣ والبحر الزخار جـ ٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤

(٣) راجع فى ذلك المغنى جـ ٦ ص ٣٠٥ ، والمراجع السابقة المواضع السابقة .

(٤) نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٢ ط مكتبة دار التراث القاهرة وانظر سبل السلام الصنعانى جـ ٣ ص ٩١

(٥) نيل الأوطار السابق — الموضع السابق

ومنها ما روى عن جابر قال . قضى رسول الله ﷺ بالعمرى لمن وهبت له(١) . متفق عليه ، وفى لفظ قال : «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها ، فمن أعمر عمرى فهى للذى أعمر حيا وميتا ولعقبه »(٢) رواه أحمد ومسلم ، وفى رواية قال «العمرى جائزة لأهلها ، والرقبى جائزة لأهلها» رواه الخمسة .

وذهب مالك(٣) والليث إلى أن العمرى جائزة أيضا ولكنها من قبيل تمليك المنافع ، فيكون محل الملك فيها المنفعة لا الرقبة ، وهى كالهبة فى الحوز ، فإن حصل مانع قبل أن يحوزها المعمر بالفتح بطلت إن لم يحصل منه جد فى طلبها قبل المانع .

ولا ريب — فى نظرى — أن رأى جمهور الفقهاء القائل بجواز العمرى هو الأولى بالاتباع لسلامته ، ولقوة أدلته التى تتفق والأحاديث النبوية الصحيحة .

ونزولا على رأى الجمهور ، تكون العمرى المطلقة كالعمرى المؤبدة فى الجواز ، وأن التأبيد بعد تأكيداً لحكمها(٤) ، وإذا إقترنت بشرط رجوعها إلى المعمر بعد وفاة من أعطيت له فهو شرط فاسد عند الحنفية(٥) ، والشافعية(٦) يبطل وتصح معها عندهم ، فيكون حكمها كالمؤبدة .

---

(١) نيل الأوطار - السابق ص ١٣

(٢) نيل الأوطار — السابق — الموضع السابق

(٣) أنظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير ج٣ ص١٠٨

(٤) أنظر : الشيخ على الخفيف — المصدر السابق ص ١٩١

(٥) حاشية بن عابدين ج٥ ص ٦٨٩ ، وأنظر بدائع الصنائع ج٨ ص٣٦٧٢ وما بعدها .

(٦) المهذب للشيرازى ج ١ ص ٤٥٥ وقد جاء فى تلك الصفحة «..فإذا

وعن أحمد فى ذلك روايتان :

إحداهما : صحـــة العمرى والشرط ، فإذا توفى المعمر رجعت إلى صاحبها .

ثانيهما : أن الشرط باطل والإعطاء صحيح ويـكون مؤبداً(١) ، وهذا قول الشافعى فى الجديد ومذهب الحنفية (٢) .

أما الرقبى : فهى من المراقبه ، كما ذكرنا سابقا ، لأن كلا من الطرفين يترقب موت صاحبه ليكون ما أرقبه صاحبه له ، ومثالها أن يقول شخص لآخر : دارى لك رقبى (٣) أستردها إذا مت قبلى ، . فهى : تمليك العين فى الحال لآخر بلفظ الرقبى أو ما فى معناه مع إشتراط استردادها إليه بعد موت من أعطيها(٤) .

وهى على هذا التعريف ضرب من العمرى لأنها تمليك مؤقت بعمر من أعطيت له وروى هذا التعريف عن أحمد ، وإلى هذا ذهب أبو يوسف(٥)

= قال أعمرتك سنة أو قال أعمرتك حياة زيد ، .. قال فى الجديد هو عطية صحيحة ، ويكون للمعمر فى حياته ولورثته بعده وهو الصحيح ... لأن الأملاك المستقرة كلها مقدرة بحياة المالك وتنتقل إلى الورثة ، فلم يكن إما جعله له فى حياته منافيا لحكم الأملاك » .

(١) أنظر . المغنى جـ ٦ صـ ٣٠٢ ، ٣٠٣

(٢) المهذب السابق صـ ٤٥٥ ، حاشية ابن عابدين الموضع السابق

(٣) المهذب السابق ـ الموضع السابق

(٤) أنظر : الشيخ /على الخفيف السابق صـ ١٩٢

(٥) أنظر : الدر المختار جـ ٥ صـ ٦٨٩ ، وأنظر : البـــدائع الموضع السابق .

فقال بصحتها مع بطلان شرط الاسترداد بناء على أنها هبة، فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة، وعلى الجملة، فالأحكام فيها عندئذ كالأحكام فى العمرى السابق بيانها وبيان الاختلاف فيها ؛ والأحاديث السابقة (فى العمرى) صريحة فى جواز الرقبى ونفاذها .

وترتيبا على ما تقدم من القول بجواز العمرى والرقبى، فإن كلا منهما يعتبر تصويراً صحيحاً لترتيب الدخل الدائم ، ويكون المعمر - بالكسر - هو المدين بالدخل، والمعمر - بالفتح - هو الدائن بالدخل، ويستطيع المدين بالدخل أن يتخلص من التزامه - هو أو ورثته - بدفع الدخل الدائم ، إذا هو استبدله على نحو ما سنراه عند بحث قواعد الاستبدال وشروطه فى الفصل القادم بإذن الله تعالى .

٣٤ — رابعاً : ترتيب الدخل الدائم بطريق الوصية :

يثير ترتيب الدخل الدائم عن طريق الوصية(١) تساؤلات عديدة حول

---

(١) كلمة عامة عن الوصية :

الوصية والإيصاء كلمتان فى اللغة بمعنى واحد، فكلاهما يطلق على إقامة الإنسان لغيره مقامه فى حال حياته أو بعد وفاته .

وفى إصطلاح فقهاء المالكيه والحنابلة : الوصية تبرع بحق مضاف ولو تقديراً لما بعد الموت [أنظر نهاية المحتاج ج٦ ص٤٠ ، والمغنى ج٦ ص٤١٤] وعند الحنفية والشافعية وبعض المالكية والحنابلة : تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، سواء كان الموصى به عينا أو منفعة [أنظر البدائع ج١٠ ص٤٨٤٣ : وبداية المجتهد ج٢ ص٣٠٧ ، والمغنى ج٦ ص٤١٤] ، وأنظر : د. زكى الدين شعبان ، د . أحمد الغندور فى مؤلفهما المشترك - أحكام الوصية والميراث والوقف فى الشريعة الإسلامية ط ١٩٨٤ — ص ١١

. . . .

= مشروعيتها : هى مشروعة بالكتاب ، والسنة ، والإجماع ، والمعقول :

فمن الكتاب قوله تعالى : كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين ، (سورة البقرة - آية : ١٨٠) وقوله تعالى (من بعد وصية يوصى بها أو دين)- سورة النساء - آية : ١٢٠ ؛ فهذه الآيات تدل على طلب الوصية ممن أوشك على الوفاة ، إذا كان له مال يتركه بعد وفاته والطلب يفيد مشروعية المطلوب ، على أن إستحقاق الإرث إنما يكون بعد تنفيذ الوصيه ، وهو دليل على مشروعيتها .

ومن السنة ما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله تعالى عنه قال : «جاءنى رسول الله ﷺ يعودنى عام حجة الوداع من وجع أشتد بى . فقلت يا رسول الله قد بلغ بى من الوجع ما ترى ، وأنا ذو مال ، ولا يرثنى إلا ابنة لى أفأصدق بثلثى مالى ، قال: لا ، قلت : فالشطر ؟ قال: لا ، قلت: الثلث ، قال : الثلث ، والثلث كثير ، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس» رواه الجماعة [نيل الأوطار جـ ٦ صـ ٣٧]
ويؤخذ من هذا الحديث أن النبى ﷺ ، أجاز الوصية بالثلث ، وذلك يدل على مشروعيتها .

وأما الإجماع : فقد إتفق المجتهدون فى كل العصور على مشروعية الوصية ولم يعرف لهم مخالف فى ذلك .

وأما المعقول : فلأن الوصية من التصرفات التى يحتاج إليها الناس ، =

مدى جواز ذلك من عدمه؟ وصورة ترتيب الدخل الدائم بطريق الوصية؟ وشروطه؟ . . الخ .

ونود القول في البداية أن قواعد الفقه الإسلامي لاتأبى ترتيب الدخل الدائم بطريق الوصية ، وذلك فيما إصطلح عليه لدى الفقهاء بوصية

الناس [أنظر: د. ذكي الدين شعبان ، والغندور ، السابق ص١٤٤] وتسري على الوصية الأحكام الشرعية الخمسة ، فتكون واجبة ، إذا كان على الشخص حقوق لله تعالى لم يؤدها كالزكاة ، أو كان عليه حقوق للناس لاتعرف إلا من جهته مثل وجود دين عليه غير مكتوب في وثيقه ، ولا يوجد من يشهد به ، وقد تكون مستحبة إذا كانت لجهه من جهات الخير والبر كالمساجد والملاجيء ، وقد تكون حراماً ، إذا كان القصد منها الإضرار بالورثة لقول النبي ﷺ [الإضرار في الوصية من الكبائر] وقد تكون مكروهة ، إذا كان الموصى له فاسقا ، ولم يكن القصد من الوصية له إلا إعانته على معصيته ، وكذلك وصية صاحب المال القليل وورثته كثيرون محتاجون ، وذلك للحديث السابق «إنك إن تدع ورثتك . . . .» وتكون مباحة إذا لم يوجد ما يجعلها واجبة أو مندوبة أو مكروهة أو حراما .

وأركانها : الموصي ، والموصى له . والموصى به ، والصيغة .

شروطها : شروط الوصية كثيرة ، منها ما يكون شرطا لصحتها ، ومنها ما يكون شرطا لنفاذها ، ومنها ما يكون شرطا للصحة أو النفاذ ، بعضها يتعلق بالموصي ، وبعضها يتعلق بالموصى له ، وبعضها يتعلق بالموصى به ، [أنظر في ذلك تفصيلا : البدائع جـ٨ صـ٣٩٠ وما بعدها ، وحاشية الدسوقي جـ٤ صـ٤٢٨ وما بعدها ، والمهذب جـ١ صـ٤٥٦ وما بعدها ، والمغني جـ٦ صـ١٨٥ وما بعدها ، والمحلي جـ٩ صـ٥٠٤ والشيخ/محمد أبو زهرة شرح قانون الوصية صـ٥٧-١٤٢] وتكتفي بهذا القدر من الأحكام العامة للوصية لخروجه عن نطاق البحث .

المنافع والمراد بالمنافع: جميع مايستفاد من العين سواء أكان متولدا منها أم غير متولد، فتشمل الأعراض التى تقوم بالأعيان، كزراعة الأرض وسكنى الدار، وركوب السيارة، وعمل الإنسان، وتشمل بدل هذا الأعراض وهو آجرة الأرض، والسيارة، والعامل، ومايخرج من الأعيان كالزرع والثمر(١).

ويرى جمهور الفقهاء(٢) أن الوصية بالمنافع جائزة، ولم يعرف فى هذا مخالف إلا ابن أبى ليلى وابن شبرمة وفقهاء أهل الظاهر(٣).

وحجة المانعين، أن المنافع تابعة للعين ملازمة لها، فالك العين مالك لمنفعتها لامحالة، لأن المنافع ثمرة الملكية وخاصتها التى لاتفارقها، فلا يملك المنفعة أحد غير مالك العين، إلا إذا كانت يده نائبة عن يد المالك للعين والوصية بالمنافع تتنافى مع ذلك.

وحجة المجيزين: للوصية بالمنافع، وهم الجمهور، أن الوصية يتوسع فيها مالايتوسع فى غيرها من العقود، وقد جازت الإعارة فى الحياة، فتجوز الوصية وتنفذ بعد الوفاة، والملازمة بين ملك المنفعة وملك العين ليست تامة بحيث لاتقبل الافتراق، إذ لادليل على هذه الملازمة، كما أن الشارع أباح للشخص حرية التصرف فى ثلث ماله بعد الوفاة، فيجوز له أن يملك عين ذلك الجزء.

---

(١) أنظر: د. زكى الدين شعبان، د. أحمد الغندور — المصدر السابق ص١٤٣ د. محمد سلام مدكور — المصدر السابق ص١٤٣

(٢) أنظر: الفتاوى الهندية حـ٦ ص١٢٩، والمنتقى شرح الموطأ حـ٦ ص١٦٦، والمهذب للشيرازى حـ١ ص٤٥٩، والمغنى لابن قدامه حـ٦ ص٤٧٧

(٣) أنظر المحلى لابن حزم حـ٩ ص٥٤٠ والمغنى حـ٦ ص٤٧٧

ويجوز له أن يملك المنفعة ، لأن من ملك الأكثر ملك الأقل(١).

والراجح — على ما أرى — هو ماذهب اليه الجمهور لصحة أدلتهم وعدم قوة أدلة المانعين للوصية بالمنافع ، لأن انتقال ملك المنافع تبعا لانتقال ملك الرقبة محله إذا لم يوجد مانع يمنع من انتقالها وهنا وجد المانع ، وهو الوصية(٢) .

هذا : وتتنوع الوصية بالمنافع إلى ثلاثة أنواع :

الأول : الوصية المقيدة بمدة معينة ، كما لو أوصى شخص لآخر بسكنى داره خمس سنوات من أول يناير سنة ١٩٧٤ ، استحق الموصى له المنفعة فى المدة المحددة ، وتقيد ملكه بها ، فإن مات الموصى قبل ابتداء المدة كانت المنفعة خلال المدة كلها للموصى له ، وهذا يشكل دخلا دائما للموصى له خلال تلك الفترة ، وإذا عاش الموصى حتى مضت المدة بطلت الوصية ، وإذا عاش حتى مضى بعضها ثم مات استحق الموصى له المنفعة فيما بقى من تلك المدة ، وقيمه المنفعـــة تشكل للموصى له مرتبا دائما طيلة تلك المدة(٣).

---

(١) وقد قال صاحب المهذب فى الاحتجاج للجمهور ، وتجوز الوصية بالمنافع لأنها كالأعيان فى الملك بالعقد والإرث ، فكانت كالأعيان فى الوصية ،.، المهذب جـ١ صـ٤٥٩، وأنظر المنتقى شرح الموطأ ـ الموضع السابق ود. سلام مدكور/ الوصايا فى الفقه الإسلامى صـ ٤١٦ - ٤٢٨ ، والشيخ على الخفيف ـ أحكام الوصيه صـ ٤٨٩

(٢) أنظر : د. زكى الدين شعبان ، والغندور ـ السابق صـ ١٤٤

(٣) أنظر : الشيخ محمد أبو زهرة ـ شرح قانون الوصية ـ السابق صـ ١٤٠ وما بعدها .

الثانى : الوصية المؤبدة :

إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة(١) كأن يوصى لخالد بسكنى داره أبداً فإن الموصى له يستحق المنفعة الموصى بها ، وهى السكنى مدة حياته ، بل وينتقل استحقاق السكنى بطريق الإرث إلى ورثته ، وهذا عند المالكية والشافعية ، والحنابلة (٢) ، أما الحنفية فإن الوصية تنتهى بموت الموصى له لأنهم يمنعون جريان الإرث فى المنافع(٣).

ولا ريب أن رأى الجمهور هو الأولى بالاتباع لقوة وسلامة أدلته ، ومن ثم فإن السكنى المؤبدة للدار الموصى بها تمثل دخلا دائما للموصى له ، وهذا هو أظهر أمثلة ترتيب الدخل الدائم بطريق الوصية.

الثالث : الوصية المطلقة عن المدة :

كأن يوصى زيد بغلة داره أو أرضه لعمرو دون أن ينص على تأبيد

(١) الوصيه بالمنفعة المؤبدة يختلف حكمها تبعا لاختلاف الموصى له ، لأنها قد تكون لمعين بالذات واحداً كان أو أكثر ، وقد تكون لمعرف بالجنس أو الوصف الذى ينطبق على محصورين ، وقد تكون لقوم غير محصورين يظن انقطاعهم ، أو لقوم غير محصورين لا يظن انقطاعهم ، أو لجهة من جهات البر ، ولا يعنينا من هذه الأحكام إلا الوصية بالمنفعة لمعين بالذات [الوارد حكمها فى المتن] لخروج باقى الأحكام عن نطاق البحث .

(٢) أنظر المنتقى شرح الموطأ حـ ٦ صـ ١٦٦ وما بعدها، المهذب للشيرازى حـ ١ صـ ٤٥٩ ، والقواعد لابن رجب صـ ٤١ قاعدة رقم ٣٢

(٣) أنظر : الفتاوى الهنديه حـ ٦ صـ ١٢٩ وما بعدها .

(٤) أنظر : المغنى حـ ٦ صـ ٤٤٤

أو تأقيت(١)، فحكم هذه الوصية كحكم الوصية المؤبدة عند كل من الحنفية والشافعية والحنابلة الذى سبق ذكر أحكامه، بينما يرى المالكية فى الرأى الراجح لديهم(٢) أن الحكم يختلف تبعا لاختلاف العين الموصى بمنفعتها فإن كانت من الأعيان التى فيها حياة كالدابة، تقيدت الوصية بمدة حياة هذه العين، وإن كانت من الأعيان التى لاحياة فيها كالسيارة، والأرض قيدت الوصية بحياة الموصى له، فلو أوصى له بمنفعة سيارته أو داره كان للموصى له منفعتها مادام حيا، فإذا مات انتهت الوصية(٣).

بيد أن رأى جمهور الفقهاء القائل بتأبيد الوصية المطلقة عن المدة هو الأولى بالاتباع، لأنه الأقرب إلى نية الموصى حين أطلق الوصية دون نص على تأبيد أو تأقيت.

وإذا كانت الوصية بالمنافع جائزة على النحو السابق فإنه تجوز الوصية بالعين دون المنفعة، وبالعين لواحد والمنفعة لآخر، لأن المنفعة والعين كالعين، فجاز فيهما ماجاز فى العينين(٤).

وعلى هذا فإن الفقه الراجح يجيز الدخل الدائم، إذا كان فى صورة وصية بالمنافع، وسواء أكانت الوصية بالمنافع مقيدة بمدة معينة، أو مؤبدة أو مطلقة غير مقيدة بمدة.

---

(١) انظر المغنى جـ ٦ صـ ١٤٤

(٢) أنظر حاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ صـ ٤٣٣ وما بعدها، وأنظر المدونة الكبرى جـ ١٥ صـ ٤٧، ١٨

(٣) أنظر د. زكى الدين شعبان، د. المصدر السابق صـ ١٥٢

(٤) المهذب جـ ١ صـ ٤٥٩، وأنظر: القواعد لابن رجب جـ ٤١، قاعدة رقم ٣٢

كما أن جمهور فقهاء الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة(١) يجيزون الوصية بمرتب(٢) ، كما لو قال شخص أو صيت لزيد بمائة جنيه كل شهر ، أو كل سنة ، مثلا ، إذ الوصية بالمرتب قد تكون لمدة معلومة ، أو لمدى الحياة ، أو على التأبيد ، كما قد يكون المرتب لمعين بالاسم ، أو لغيره من الطبقات ، أو جهات البر العامة ، كما لو أوصى شخص بأن يصرف من تركته كل شهر مائة جنيه لشخص معين . أو لأولاد فلان ، أو لمسجد كذا لمدة عشر سنوات ، أو لمدة حيـــاة الموصى له ، أو على سبيل التأبيد(٣) .

وعلى الجملة فإن الوصية بالمرتبات ، فى أكثر أحوالها تدخل فى عموم الوصية بالمنافع ، وفى بعض الأحوال غير الكثيرة تكون الوصية بالمرتب ببعض التركة .

فإذا كانت الوصية بالمرتب من الغلة - وهذا فى أكثر الأحوال - فهى من قبيل الوصية بالمنافع، لأنها جزء من غلات بعض الأعيان، مرتب

---

(١) أنظر : البدائع جـ٧ صـ٣٤٣ وما بعدها ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٤ صـ ٤٤٦ والمهذب جـ ١ الموضع السابق ، والمغنى لابن قدامة جـ٦ صـ ٣٠٥

(٢) المرتب أو الراتب : قدر من المال يعطى فى أوقات دورية متساوية فى الزمن ، كشهر أو سنة ، وكالوصية برطل من الزيت للمسجد الفلانى لأجل إضاءته كل ليلة أبو زهرة - السابق هامش (١) صـ١٧٢

(٣) أنظر : فى ذلك تفصيلا: البدائع جـ ٧ صـ٣٥٥، والمهذب الشيرازى جـ ١ صـ ٤٥٩ ، والشيخ أبو زهرة - المرجع السابق صـ ١٧٧ - ١٨٨ ، د. زكى الدين شعبان ، ود . الغندور - السابق صـ ١٦٩

التوزيع على أوقات الزمان شهراً بعد شهر ، أو سنة بعد سنة ، على حسب نجوم المرتب وأزمانه ؛ وإذا كانت الوصيـة بالمرتب من رأس مال التركة لا من غلة بعضها ، فنى هذه الحالة ؛ تتكون الوصية من قبيل الوصية بالمنافع وهذا فى القليل لا فى الـكثير..»(١) .

وهكذا يستبين فى وضوح أن ترتيب الدخل الدائم يمكن أن يتم بطريق الوصية بالمنافع ، والوصية بالمرتبات(٢) ، وهو أمر تقرره قواعد الفقـه الإسلامى لأنه من القربات التى حض عليها الإسلام ؛ والحنيفية السمحاء؛ وذلك على التفصيل السابق بيانه .

(١) الشيخ محمد أبو زهرة ، شرح قانون الوصية — دراسة مقارنة ، السابق ص ١٧٢

(٢) وتنص المادة ٦٤ من قانون الوصية على أنه : « تصح الوصيـــة بالمرتبات من رأس المال لمدة معينـة ، ويوقف من مال الموصى ما يضمن تنفيذ الوصية على وجه لا يضر بالورثة ، وإذا زاد ما أوقف لضمان تنفيذ الوصية على ثلث التركة . ولم يجز الورثة الزيادة يوقف منه بقدر الثلث ، وتنفذ الوصية فيه وفى غلته إلى أن يستوفى الموصى له قيمة ثلث التركة حين الوفاة ، أو إلى أن تنتهى المدة أو يموت الموصى له » .

(انظر فى ذلك : السنهورى — الوسيط حـ٩ ص ٢١٥،٢١٦ ط ١٩٦٨ د/ محمد كامل مرسي ، الحقوق العينية الأصلية حـ٦ أسباب كسب الملكية ص ١٩١ — ٢٠٤ ط ١٩٥٢

المطلب الثانى

أهم صـــور ترتيب الدخل الدائم
فى القانون الوضعى

٣٥ — تمهيـــد :

قد يكون مصدر الدخل الدائم عقداً من عقود المعاوضه ، كما لو ترتب الدخل بمقتضى عقـد قرض أو بيع ، وقد يكون مصدره عقداً من عقود التبرع كما لو ترتب بمقتضى عقد هبة أو وصية أو وقف .

وإذا كنا قد اقتصرنا على معالجة ترتيب الدخل الدائم فى صورة عقد قرض ، أو بيع أو هبة ، أو وصية فى الفقه الإسلامى ، فإننا سنقتصر على بيان أحكام ترتيب الدخل الدائم فى هذه الصور بعينها فى القانون الوضعى حتى تستبين أحكام كل من التشريعين فى معالجته لأحكام الدخل فى تلك الصور .

٣٦ — الصورة الأولى لترتيب الدخل الدائم : ترتيبه فى صورة عقد قرض :

الصورة الغالبة لترتيب الدخل الدائم ، هى أن يترتب بمقتضى عقد قرض ، أى أن العقد الذى يرتب الدخل الدائم هو عقد قرض ، فتعقـد الدولة قرضاً فى صورة سندات(١) تصدرها متساوية فى قيمتها الإسمية ،

---

(١) السندات : صكوك مالية تمثل قروضا طويلة الأجل تلتزم بها الشركة وتعطى حامليها حق الحصول على فائدة ثابتة وتستحق الوفاء فى =

فيكتتب المقترض فى السند ، ويقرض الدولة القيمة الإسمية لهذا السند ، على أن يتقاضى منها دخلا دائماً سنويا هو الفائدة التى تحدد الدولة سعرها بشرط ألا تزيد الفائدة على السعر القانونى المقرر لها ، فلا يجوز أن يزيد سعر الفائدة على الحد الأقصى المسموح به للفوائد الاتفاقية وهو ٧٪ ، والغالب أن يحدد سعر الفائدة للسند بأقل من ذلك بكثير فيكون السعر عادة ٣ أو ٣½٪ (١) .

والواقع أن المصارف المالية والحكومات والمجالس البلدية والشركات كثيراً ما تستعمل هذا العقد لأن فيه تسهيلا لأعمالها الكبيرة المنوطة بها ، ويسهل عليها دفع مرتبات العاملين بها ، دون أن تكون ملزمة برد الأصل إلى الدائن ، ويكون الدائن من جهـــة أخرى فى مأمن من إفلاس المدين إلا فى حالات نادرة لا يقاس عليها ، بخلاف حصوله بين الأفراد ، حيث

= الميعاد المحدد (د/ على البارودى — العقود وعمليات البنوك التجارية الطبعة الثانية ، منشأة المعارف بالاسكندرية) .

وعن طريق هذه السندات يتم للشركة قرض مبلغ معين يساعدها على تسيير أمورها ، وهذا الاقتراض من حاملى السندات تصحبه فائدة معينة غالبا ما تكون هى السبب فى شراء هذه السندات (د/علاء الدين خروفة، عقد القرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ط بيروت ص٣٤٢).

والفرق بين السند والسهم هو أن صاحب السهم يعتبر شريكا فى الشركة أما صاحب السند فيعتبر دائنا ، ولا يسرى على أصحـــاب السندات نظام المساهمين ... إلخ .

(١) د/ عبد الرازق السنهورى — الوسيط جـ٥ ص ٤٨٥،٤٨٦ط٦٣، وانظر د/ محمود جمال الدين زكى ، المصدر السابق ص ٢٢٩

يكون الدائن معرضاً لتحمل الخسارة إذا أفلس المقترض(١)، إلا أن الدائن إذا احتاج إلى أصل الدين فإنه وان كان لا يمكنه المطالبة به من المدين إلا أن له أن يبيعه ويحصل على ثمنه ويحل المشترى محله(٢).

ويتبين مما سبق أن الدخل الدائم نوع من أنواع القروض بفائدة، لأن أصل الدين هو ما يدفعه صاحب الدخل للمدين به، والفائدة هي المرتب الذى يدفعه المدين بالدخل لصاحبه، ويترتب على ذلك أنه — كما سبق القول — لا يجوز الاتفاق على زيادة سعر الفائدة على الحد الجائز الاتفاق عليه قانونا(٣) وهو ٧٪.

فإذا كان الدخل يزيد على الفوائد التى يجوز الاتفاق عليها، فإنه يخفض إلى الحد الجائز قانونا(٤).

وإذا كان ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد قرض : شائع الاستعمال

---

(١) أنظر / أحمد فتحى زغلول — المصدر السابق ص ٣٠٨، وانظر د / محمد على عرفة — المصدر السابق ض ٣٩٧

(٢) أنظر د / محمد كامل مرسى — شرح القانون المدنى الجديد — العقود المسماة ض ٤٠٠

(٣) وفى هذا الصدد تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى، «ولا يجوز أن يكون هذا الدخل أعلى من السعر الاتفاق للفائدة، لأن الدخل إنما هو فائدة لرأس المال الذى تم إقراضه . . . ويؤدى الدخل المستحق وخلفائه من بعده على الدوام، ولذلك كانت الحكومات والمصارف هى أصلح الهيئات لترتيب الدخل الدائم» (مجموعة الأعمال التحضيرية ج٤ ص ٤٣٩)

(٤) أنظر : موسوعات داللوز — ترتيب الإيرادات — نبذة ٣٦

لدى الحكومات والشركات والمصارف المالية - للأسباب السابق ذكرها - إلا أنه لا يوجد ما يمنع من أن يكون المقترض فى الدخل الدائم فرداً (ليس شخصاً معنوياً) فيلتزم بأداء الدخل للمقرض ولخلفائه من بعده على سبيل الدوام(١).

ومثال ذلك أن يقرض بدر بكراً ٢٠٠ جنيه، ويتعهد بكر بدفع فوائده ٥٠ جنيها مثلا، دون أن يعين وقتاً للوفاء، فيصير بكر — بناء على هذا العقد — مالكا للأصل يتصرف فيه كيف يشاء، ولا يلزم برده إلى المقرض، ولكن يجوز له رده إذا أراد هو أن يرده، وطالما لم يفعل ذلك يجب عليه دفع المرتب(٢).

كما لا يوجد ما يمنع من أن يكون الدخل أو رأس المال أشياء مثلية أخرى غير النقود، كما هى الحال فى القرض، وإن كان ذلك نادر الوقوع فى العمل(٣).

---

(١) مع مراعاة أنه يجوز للمقترض دائما أن يتخلص من التزامه باستبدال الدخل، ومن ثم لا يتأبد الالتزام فى ذمته، كما سنرى ذلك تفصيلا عند بحث قواعد استبدال الدخل الدائم.

(٢) راجع فى ذلك د/ محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٤٠٠

(٣) أنظر: د/ السنهورى — السابق ص ٤٨٦

٣٧ — الصورة الثانية : ترتيب الدخل الدائم فى صورة عقد بيع : ـ

إذا كان عقد القرض هو الصورة الغالبة لترتيب الدخل الدائم ، إلا أنه ليس الصورة الوحيدة لترتيب الدخل الدائم ، إذ أن الفقـرة الأولى من المادة ٥٤٥ مدنى تقول « . . . . ويكون هـــذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة أو التبرع أو بطريق الوصية » .

فالدخل الدائم يصح إذن أن يترتب بعقد من عقـود المعاوضـة غير القرض ذى الفائدة ، وأغلب مايقع ذلك فى عقد البيع ، كما لو باع شخص لآخر عينا مملوكة له بثمن هو دخل دائم ، ويتم ذلك باحدى طريقتين :

الأولى : أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن مقداراً معينا من النقود ؛ ويحول فى عقد البيع ذاته إلى دخل دائم (١) .

الثانية : أن يتفق البائع والمشترى على أن يكون الثمن رأساً دخلا دائما ؛ أى أن البائع يشترط على المشترى أن يدفع له مرتبا سنويا أوشهرياً بدل الثمن(٢) .

والحقيقة أن الدخـل الدائم فى كلتا الطريقتين لا يشكل عقـداً مستقلا عن عقد البيع ، وانما يكون ركنا فى عقد البيع هو الثمن .

بيد أن الفرق بين الطريقتين السابقتين فى ترتيب الدخـل الدائم يتمثل فى أنه فى الطريقة الأولى (تعيين الثمن فى العقد ؛ والمرتبات التى تدفـع هى فائدة ذلك الثمن) يجب ألا يزيد الدخل (المرتبات) على سعر الفوائد

---

(١) السنهورى ـ السابق ص ٤٨٦ .

(٢) د . محمد كامل مرسى ـ السابق ص ٤٠٢ ، وانظر / د . محمد على عرفه المصدر السابق ص ٣٥٦ .

الجائز الاتفاق عليه بالنسبة إلى الثمن المقدر فى العقد ، لأن العقد يتضمن فى الواقع ترتيب دخل مقابل مبلغ من النقود ، وفى هذا تقول المادة ٥٤٥/٢ من التقنين المدنى « اذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضه اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة » وأما فى الطريقة الثانية (الثمن هو دخل دائم مبلغ كذا كل سنة أو كل شهر) فلا يوجد ثمن معين فى العقد ، والثمن هو الدخل ذاته ، ومن ثم فلا تثريب على المتعاقدين إذا اتفقا على زيادة الدخل الدائم على الحد الأقصى للفوائد الاتفاقية(١) ، إلا إذا ظهر من ظروف الأحوال أن العاقدين اغفلا ذكر الثمن لكى يخفيا التعامل بالربا الفاحش ، حيث تعتبر المرتبات هنا ربوية اذا زادت على سعر الفوائد الاتفاقية على ثمن العين الذى أغفل العاقدان ذكره فى العقد ، مع كونهما قد اتفقا عليه (٢) ، ومن ثم يجب تخفيض الدخل إلى الحد الجائز قانونا (٣) ويثور التساؤل عن مقدار رأس المال الواجب رده إذا أريد استبدال الدخل الدائم .

ونجيب عن ذلك بالقول أنه :

إذا أريد استبدال الدخل الدائم فى الطريقة الأولى (تعيين مقدار الثمن فى العقد ، والدخل هو فوائد ذلك الثمن المعين) : كان رأس المال الواجب الرد هو مقدار الثمن الذى حدده المتعاقدان أولا فى عقد البيع (٤) وإذا أريد استبدال الدخل الدائم فى الطريقة الثانية (اتفاق المتبايعين على أن يكون الثمن رأسا دخلا دائما هو مبلغ كذا كل عام أو كل شهر)

---

(١) انظر د . / عبد الرزاق السنهورى ـ السابق هامش (١) ص ٤٨٧

(٢) د . محمد كامل مرسى — المصدر السابق — الموضع السابق .

(٣) انظر : البند السابق من هذا المؤلف .

(٤) م ٥٤٨/١ مدنى .

كان رأس المال الواجب الرد هو مبلغ من النقود فائدته محسوبة بالسعر القانوني تساوي الايراد(١) .

٣٨ — الصورة الثالثة :

ترتيب الدخل الدائم بطريق الهبة :-

التبرع - كقاعدة عامه - يجوز أن يكون مصدرا للدخل الدائم ، ومن ثم فيصح أن يترتب الدخل الدائم بطريق الهبة (٢) ، وصورة ترتيب الدخل الدائم عن طريق الهبة : أن يهب شخص آخر مقداراً معينا من النقود ،

---

(١) السنهوري — السابق ص ٤٨٧ .

(٢) الهبة : كما عرفتها المادة ١/٤٨٦ مدني مصري « عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض ، وقد تداركت الفقرة الثانية من المادة المذكورة ماشاب الفقرة الأولى من قصور في تعريف الهبة بقولها «ويجوز للواهب دون أن يتجرد عن نية التبرع أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين ، فالواهب يتصرف في ماله دون عوض - أصلا - ومقتضى هذا أن يكون الواهب ملتزماً بنقل حق عيني إلى الموهوب له بحسب الأصل وذلك بالتصرف مباشرة في المال الموهوب حيث يقوم الواهب بنقل ملكيه الشيء الموهوب إلى الموهوب له ، غير أن هبة العقار يجب أن تكون في ورقه رسمية ، أي أن الهبه عقد شكلي في العقار ، بينما هي عقد عيني في المنقول ، كما أن الهبة إذا كانت بعوض جاز أن يكون العوض نقوداً أو شيئاً آخر غير النقود .

وأركانها : الرضا ، والمحل والسبب — كأي عقد آخر — ويضاف إلى ذلك : الرسمية ، أي إفراغها في ورقة رسمية يحررها موظف مختص في حدود اختصاصه =

أو أشياء مثلية أخرى كغلال ، أو مأكولات أو مشروبات فى مواعيد دورية ، فيتقاضى صاحب الدخل دخله الدورى فى المواعيد المحددة ، إلا أن المدين بهذا الدخل — هو أو ورثته — يستطيع أن يتخلص من التزامه بدفع الدخل (١) إذا هو استبدله على مانحو ما سنرام عند بحث قواعد الاستبدال .

٣٩ — الصورة الرابعة :

ترتيب الدخل الدائم بطريق الوصية : ـ

يصح ترتيب الدخل الدائم من طريق الوصية (٢) كأن يوصى شخص

= وشرطها : أهلية الأداء فى الواهب ، وأن يكون الموهوب له مميزاً ، فإذا كان غير مميز أو مجنونا ، أو سفيها أو محجوراً عليه لأى سبب فإن وليه أو وصيه ينوب عنه فى قبول الهبة (انظر فيما سبق : د . عبد الناصر العطار : نظرية الالتزام ص٢٧٦ ط ٧٥ ، د . جمال العاقل ـ عقد الهبة بين الفقه الإسلامى والقانون المدنى ص١٤ ، ١٥ ط ١٩٧٨ . د . محمود جمال الدين زكى ـ العقود المسماة ص ٨٨ ، ومجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٤٦) .

(١) السنهورى — السابق ص ٤٨٧ .

(٢) قانون الوصية المصرى هو القانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ ، وقد عرف الوصية فى مادته الأولى بأنها « تصرف فى التركة مضاف لما بعد الموت » ، وتنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة لمن قدر عليها ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنها انعقدت الوصية بالإشارة الدالة على ذلك (م٢ من قانون الوصية) وسواء بعد ذلك أكان العجز بسبب أنه أخرس ، أم اعتقل =

بمقدار معين من النقود ، أو أشباه مثلية أخرى كما كولات أو غلال في مواعيد دورية فيتقاضى صاحب الدخل (الموصى له) دخله الدورى في المواعيد المحددة ، وكما هو الشأن فى ترتيب الدخل الدائم عن طريق الهبة ، يستطيع المدين بالدخل عن طريق الوصية — أو ورثته — أن يتخلص من التزامه بدفع الدخل إذا هو استبدله (١) طبقاً لقواعد الاستبدال المقررة قانونا.

= لسانه لمرضه ولم يكن يعرف القراءة والكتابة ، أم عجز عن الكتابة فني كل هذه الأحوال تغنى الاشارة عن العبارة فى انشاء الوصية (السنهورى ـ الوسيط حـ ٩ ص ٢٠٨ هامش (١) ط ١٩٦٨ .

وانظر د . عبد المنعم : الصدة ـ حق الملكية ص ٧٨٨ ط ٦٤ ، حسن كيرة ، الحقوق العينية الأصلية ص ٣٤١ ط ١٩٧٥ .

ويعتبر القانون الوصية تصرفا ينشأ بإرادة منفردة هى إرادة الموصى (الإيجاب فقط) ولكن الملكية بمقتضى الوصية لاتثبت للموصى له إلا بقبول الوصية (انظر فى أحكام قبول الوصية المواد ٢٠ — ٢٥ من قانون الوصية المذكور) صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصى ، ولا عبرة لقبوله أورده قبل وفاته ، لأن آثارها ـ كتصرف — لاتظهر إلا بعد وفاته ، فلا عبرة بالقبول أوالرد إلا وقت التنفيذ (انظر : د . حسن كيرة ـ السابق ص ٣٤٦ ،والسنهورى السابق ص ٢٠٩ ـ ٢١٠ ، د . رمضان أبو السعود الحقوق العينية الأصلية حـ ١ ص ١١٥١ وما بعدها ط ١٩٨٥) .

واذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد قام ورثته مقامه فيهما ، ولا يشترط أن يكون القبول فور الوفاة ، إذ القبول أو الرد حق ثابت على التراخي لاعلى الفور ولا تثبت ملكية الموصى به إلا من وقت القبول لأن سببه هو الوصية نفسها .

(١) انظر : السنهورى ـ الوسيط حـ ٥ ص ٤٨٧ ط ١٩٦٢ .

٣٩ م — خلاصة :

هذه هي أهم صور ترتيب الدخل الدائم ، ويتضح من خلالها أنه قد يترتب بعقد معاوضة أو بعقد تبرع ، اخترنا من عقود المعاوضة عقدي القرض بفائدة ، والبيع ، ومن عقود التبرع عقدي الهبة والوصية ، حيث يمثل كلا النوعين من العقود أهم نماذج وصور ترتيب الدخل الدائم على النحو السالف بيانه .

المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى

فى

أهم صور ترتيب الدخل الدائم

٤٠ — الفقه الإسلامى لايجيز ترتيب الدخل الدائم إذا كان مصدره عقد قرض بفائدة :

إذا كان القانون الوضعى يقرر مشروعيـــة ترتيب الدخل الدائم بنصوص تشريعية واضحة(١) ، وأن مصدر هذا الدخل قد يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع ، فهو يقرر كذلك فى وضوح — فقها وتشريعاً وقضاء — أن الدخل الدائم قد يترتب بمقتضى عقد قرض بفائدة ، إذ أن أصل الدين هو ما يدفعه صاحب الإيراد للمدين به ، والفائدة هى المرتب الذى يدفعه المدين بالإيراد لصاحبه ، على ألا يجوز الإتفاق فى هذا العقد على فوائد تزيد على الحد الجائز الإتفاق عليه قانونا ، أى أن الدخل الدائم فى التقنين المدنى المصرى نوع من القرض ، أو على وجه التحديد عقد قرض لا ينشىء التزما بالرد فى ذمة المقترض(٢) ، بل إن ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد قرض بفائدة هو الصورة الغالبة لترتيب الدخل(٣) .

بينما لا تجيز قواعد الفقه الإسلامى ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد القرض ذى الفائدة ، لأن ذلك ربا محرم شرعاً ، لأن الدخل الدائم

---

(١) انظر المادة ٥٤٥ من التقنين المدنى المصرى .
(٢) انظر : د جمال الدين زكى — المصدر السابق ص ٢٢٨
(٣) انظر السنهورى — السابق ص ٤٨٦

لا يعدو أن تكون فائدة مشروطة على أصل الدين عند التعاقد ، وهذا هو ربا النسيئة الجاهلي الذى كان الزمن فيه يقابل بزيادة رأس المال وبناء تحريمه بنصوص قاطعة من الكتاب والسنة والاجماع على ما سبق بيانه فى حينه .

ومن ثم فالفقه الإسلامي يختلف مع القانون الوضعي في أن الأخير يجيز ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد قرض بفائدة ، بينما تحرمه قواعد الشريعة الإسلامية تحريما قاطعا(١) .

وبذلك نكون فى غنى عن القول بصحة منهج الفقه الإسلامى عن التشريعات الوضعية فى هذا الصدد .

٤١ — الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى في ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد بيع :

يقرر القانون الوضعي مشروعية ترتيب الدخل الدائم إذا كان فى صورة عقد بيع ، سواء أكان الدخل ذاته ثمن المبيع ، أى أن المتبايعين

---

(١) ويرى فضيلة المرحوم الشيخ محمد أبو زهرة أن « السندات والقرض بفائدة على أساس الزيادة فى الدين نظير الأجل ينطبق عليها التحريم الدينى القاطع فى قوله تعالى (فإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون) إذ ينطبق عليها وصف الربا الجاهلي ، ولأنها كسب لا يتحمل الخسارة ، ولأنها كسب بالإنتظار ، ولا مخاطرة فيه قط ، والإسلام حرم ذلك النوع من التكسب لأن معناه أن رأس المال يعمل من غير أى مجهود يبذل ولو كان سلبيا يتحمل الخسارة أو الاشتراك فيها ... » من بحث له بمجلة العربى الكويتية العدد ٥٩ سنة ١٣٨٣ ه .

إتفقا على تحديد ثمن المبيع واتفقا على أن هذا الثمن يدفع للبائع فى صورة أقساط ، وينتهى الدخل بدفع آخر قسط ، أم كان الدخل عبارة عن الثمن دون إتفاق على تحديده ، بل يكون الثمن عبارة عن دفع مبلغ كذا كل شهر على سبيل الدوام .

وقواعد الفقه الإسلامى — على ماسبق بيانه — لاتجيز ترتيب الدخل الدائم ، إذا كان ذلك الدخل هو عبارة عن ثمن المبيع دون تحديده تحديدا نافياً للجهالة ، إذ البيع — دون تحديد الثمن — يكون باطلا ، والدخل محرم شرعا لاشتماله على الغرر والربا ، كما أن الفقه الإسلامى لا يجيز ترتيب الدخل الدائم ـ فى الصورة الأولى ـ إذا كان يزيد على الثمن المحدد فى مقابل الأجل ، لأن ذلك يكون ربا محرم شرعاً ، إذ أنه يتضمن فضل مال فى مقابل تأخير الوفاء ، وهو ذات ربا النسيئة المحرم شرعا .

وعلى ذلك فإن الفقه الإسلامى لا يتفق مع القانون الوضعى فى ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد بيع إلا إذا كان الدخل الدائم عبارة عن ثمن المبيع المحدد تحديداً دقيقاً وبمقتضى إتفاق المتبايعين ، والدخل الدائم هنا لا يعدو ـ أن يكون شكلا ـ لطريقة الوفاء بالثمن على أقساط حسب إتفاق المتعاقدين .

ولا يخفى ما المنهج الفقه الإسلامى هنا من بصيرة ثاقبة فى تحريمه لصور الدخل المشتمل على ربا أو غرر ، ومن ثم كان هو الفقه الصحيح والأولى بالإتباع لأنه مستمد من شريعة الله الخالدة والتى لا يتطرق إليها الفساد ، وبأحكامها ينصلح حال البلاد والعباد على السواء .

٤٢ — الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى ترتيب الدخل الدائم بمقتضى عقد تبرع :

إذا كان مصدر الدخل الدائم عقداً من عقود التبرع [هبة ـ وصية ـ وقف] فلا خلاف بين الفقـــه الإسلامى والقانون الوضعى ـ كقاعدة عامة ـ على جوازه ، لأن شبهة الربا منتفية . كما أن الغرر منتف أيضا فى ترتيب الدخل الدائم بعقد من عقود التبرعات ، لأن الغرر لا يدخل هذه العقود .

ويبقى أن نقرر أن كلا من القانون الوضعى ، والفقه الإسلامى يختلف عن الآخر فى منهج معالجة ترتيب الدخل الدائم ، حيث يبقى للفقه الإسلامى طابعه الخاص ، ومنهجه المستقل فى معالجة ترتيب الدخل الدائم بعقد تبرع معالجة دقيقة لم يصل إليها ـ بعد ـ القانون الوضعى .

المبحث الثانى

أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم

فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٤٣ — تمهيد :

الالتزام بدفع الدخل الدائم يثير تساؤلات عديدة حول حدود هذا الالتزام ؟، ومن يقوم بدفع الدخل؟ ولمن يكون الدفع ؟ وما زمان ومكان دفع الدخل الدائم ؟ وما الجزاء الذي يترتب على عـــدم دفع الدخل لمستحقه ؟ . . الخ .

ورغم أن الإجابه على هذه التساؤلات تقررها القواعد العامة فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى ، إلا أنه تحسن الإشارة إلى هـذه الأحكام حتى يتسنى لنا معرفة آثار الدخل الدائم من خلال هذه الأحكام .

وعلى ذلك فسنقسم هذا البحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : فى أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى .

المطلب الثانى : فى أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم فى القانون الوضعى .

المطلب الأول

أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم
فى الفقه الإسلامى

٤٤ — الالتزام بدفع الدخل الدائم :

يلتزم المدين بالدخل الدائم بأن يدفع إلى الدائن ذلك الدخل بالمقدار المحدد فى العقد(١) أو الوصية ، والالتزام بدفع الدخل على هذا النحو لا يكون إلا إذا توافرت شروط الانعقاد والنفاذ والصحة الواجب توافرها فى العقود المنشئة لعقد الدخل الدائم، فإذا ترتب الدخل الدائم بمقتضى عقد بيع ، وجب توافر أهلية العاقدين ، وموافقه الإيجاب للقبول ، واتحاد المجلس(٢) ... الخ .

ويجب توافر شروط النفاذ : وهى الملك أو الولاية ، وألا يكون فى البيع حق لغير البائع .

---

(١) يراعى أن الدخل الدائم الناتج عن عقد القرض محرم شرعاً ، كما سبق تفصيله ، كما أن الدخل الدائم الناتج عن عقد بيع محرم شرعاً إلا إذا كان الدخل عبارة عن أقساط الثمن المحدد تحديداً دقيقا باتفاق المتعاقدين وينتهى ذلك الدخل بدفع أخر قسط متمم للثمن المتفق عليه .

(٢) أنظر فى ذلك تفصيلا : العنايه بهامش فتح القدير جـ ٥ صـ ٧٨ ، وحاشية الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٣ صـ ٤ وما بعدها ، والمهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٦٤ وكشاف القناع جـ ٣ صـ ١٥١ — ١٧٧ ط بيروت ١٤٠٣هـ — ١٩٨٣ .

كما يجب توافر شروط الصحة ، وهى كون الثمن معلوماً ورضا المتعاقدين ، ومعلومية الأجل فى البيع المؤجل ثمنه(١) . . . الخ .

وإذا ترتب الدخل الدائم بمقتضى عقد الهبة التزم الواهب بدفع الدخل (المال الموهوب) إلى الموهوب له ، إذا توافرت أركان وشروط الهبه من حيث الصيغة التى تدل على التمليك حال الحياة من غير عوض (أو بعوض) وتوافر الإيجاب والقبول(٢) ، ووجود محل الهبة الذى يشترط فيه ، ما يشترط فى البيع بوجه عام إلا ما استثنى بنص خاص كما هو الشأن فى هبة الاشياء غير المتقومه(٣) .

كما يجب توافر شروط الهبة الصحيحة ، وهى الشروط المتعلقة بكل من الواهب ، والموهب له ، والشىء الموهوب(٤) .

---

(١) راجع فى ذلك : المراجع السابقه ، والمواضع المشار إليها .

(٢) وهو رأى مذهب جمهور الفقهاء (أنظر : بداية المجتهد حـ٢ صـ٣٧٦ والمهذب حـ١ صـ٤٥٣ ، وشرح منتهى الإرادات حـ٢ صـ٥١٩ ، والبحر الزخار حـ٤ صـ١٣١) بينما يرى الحنفية ، أن الهبة تنعقد بالإيجاب فقط [البدائع حـ ٨ صـ ٣٦٦٩ ، وفتح القدير حـ ٥ صـ 74] .

(٣) أنظر : حاشية الدسوقى حـ ٣ صـ ٧٩ — ٩٦ ، نهاية المحتاج حـ ٤ صـ ٢٩٨

(٤) انظر فى ذلك تفصيلا : حاشية بن عابدين حـ ٥ صـ٦٨٨ ، وحاشية الدسوقى حـ٣ صـ٧٧ — ١٠٠ ، ونهاية المحتاج حـ ٤ صـ٢٩٧ ، ٢٩٨ ، والشيخ / أحمد أبو الفتح — المعاملات فى الشريعة الإسلامية ، والقوانين المصرية صـ٥٥ ط ١٩٢٢م ، والشيخ / احمد إبراهيم المعاملات الشرعية المالية صـ٢٥٦ ، ٢٦٠ ط ١٩٣٦م .

وإذا ترتب الدخل الدائم بمقتضى عقد وصيته ؛ وجب توافر الشروط اللازمة فى كل من الموصى ؛ والموصى له . والشيء الموصى به(١) .

وخلاصة القول :

أن الملتزم بدفع الدخل الدائم هو المدين به ، ويلتزم بدفعه ، وبالقدر والصفة المتفق عليها ، وهو فى البيع : المشترى ، وفى الهبة الواهب ، وفى الوصية : تركة الموصى ، علما بأن الدخل الدائم : تقتضى طبيعته عدم انقضائه بموت المدين ، ومن ثم تكون تركته مسئولة عن الاستمرار فى دفع الدخل للدائن به .

وتثور — فى تلك الحالة — مشكلة كيفية استيفاء الدخل الدائم إذا كان مصدره الوصية بالمنافع ، هل توزع الرقبة التى تغل الدخل الدائم على الورثة ؟ أم تقتطع العــين التى تدر الدخل ولا توزع على التركة للوفاء بالدخل الموصى به ؟

أجاب الفقه الإسلامى عن تلك المشكلة بوضوح حين قرر خروج العين التى أوصى بمنفعتها من ثلث التركة ، لأن الوصية بمنافع العين منعت العين عن الوارث وحبستها عنه لفوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها ، كمن أوصى بمنفعة العبد، وسكنى الدار ، فلا يدخل العبد والدار فى التركة ما دامت قيمة كل منهما تقل عن ثلث التركة .

وفى هذا يقول صاحب البدائع « .. وإذا جازت الوصية بالمنافع يعتبر

---

(١) راجع فى ذلك تفصيلا : البدائع حـ ٧ ص ٣٣٤ — ٣٤٥ ، وحاشية الدسوقى حـ ٤ ص ٤٢٢ — ٤٥٥ ، والمهذب حـ ١ ص ٤٥٦ — ٤٥٨ ، والمغنى حـ ٦ ص ٤١٩ — ٥٤٥ ، وشرح منتهى الإرادات حـ ٢ ص ٥٣٧ — ٥٧٧

فيها خروج العين التى أوصى بمنفعتها من الثلث ، ولا يضم إليها قيمة . . . لأن الموصى بوصيته بالمنافع منع العين عن الوارث وحبسها عنه لفوات المقصود من العين وهو الانتفاع بها . وإذا كان المعتبر خروج العين من الثلث ، فإن خرجت من الثلث جازت الوصية فى جميع المنافع ، فللموصى له أن ينتفع بها فيستخدم العبد ويسكن الدار ما عاش إن كانت الوصية مطلقة عن الوقت ، فإذا مات الموصى له بالمنفعة انتقلت إلى ملك صاحب العين ، لأن الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له ، لأنها تمليك المنفعة بغير عوض »(١) .

٤٥ — لمن يدفع الدخل الدائم :

تقضى القواعد العامة فى الفقه الإسلامى أن الدخل الدائم يدفع للدائن به ، فإذا كان مصدر الدخل الدائم عقد بيع كان مستحق الدخل هو البائع ، وإذا كان مصدر الدخل الدائم عقد هبة كان مستحق الدخل هو الموهوب له ، وإذا كان مصدر الدخل الدائم عقد وصية ، كان المستحق للدخل هو الموصى له ، ويستمر الدخل طول حياة المدين به ، فإن مات انتقل الالتزام به إلى ورثته ، ثم إلى ورثة ورثته ، وهكذا ، ويدفع الدخل إلى الدائن به فإن مات انتقل إلى ورثته(٢) . وهكذا إلى أن ينقضى الدخل الدائم بسبب من أسباب انقضائه أو يستبدل به المدين ، على نحو ما سنبينه عند بحث طرق انقضاء الدخل الدائم .

---

(١) البدائع للكاسانى جـ ٧ ص ٣٥٣ ط ١٤٠٢هـ — ١٩٨٢م ، وانظر : المهذب للشيرازى جـ ١ ص ٤٦٢ — ٤٦٨

(٢) أنظر فى ذلك : البدائع — السابق ، الموضع السابق ، وحاشية ابن عابدين جـ ٦ ص ٦٩٤ ، والمدونة الكبرى جـ ١٥ ص ٧٢

٤٦ — زمان ومكان دفع الدخل الدائم :

بما أن دفع الدخل الدائم هو بمثابة الالتزام الرئيسى الذى يقع على عاتق المدين به ، فإن القواعد العامة تقضى بأن هذا الدخل يدفع إلى الدائن فى الزمان والمواعيد المتفق عليها بين الطرفين ، مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة عقد الدخل الدائم ، أو يقضى به العرف ، فطبيعة عقد الدخل الدائم أنه عقد زمنى ، أو مستمر ، أى أن تنفيذه يستغرق مدة من الزمن ، بحيث يكون الزمن عنصراً أساسياً فى تنفيذه(١)، فعقد الدخل الدائم ، ولو أنه فى الحقيقة عقد هبة ، أو وصية ، أو بيع ، إلا أنه يعتبر عقداً مستمرا للاصطلاح على تسميته بذلك الإسم ، ولا تعدو تلك العقود أن تكون مصدراً منشئا له فقط .

كما أن صيغة العقد باعتبارها كاشفة عن رغبة المتعاقد فى الوصول إلى الأثر الذى رتبه الشارع(٢)، هى التى تدل على الزمن الذى يرغب ظهور الحكم

---

(١) أنظر : د / مصطفى الزرقا — المدخل الفقهى العام حـ ١ ص ٥٨٤ ط ١٩٦٨ م ، د / محمد سلام مدكور / المدخل للفقه الإسلامى ص ٦٠١ ط دار الكتاب الحديث بالكويت .

(٢) الصيغة : هى ما به يتحقق العقد ويوجد من كل ما يدل على إرادة العاقد ورغبته فى التعاقد .

(أنظر : فتح القدير حـ ٥ ص ٧٤ ، حاشية الدسوقى حـ٣ ص ٥ ، والمجموع للنووى حـ ٩ صـ١٦٢ ، والمغنى حـ٤ صـ ٣

وانظر : البحر الزخار حـ ٣ ص ٢٧٣ ، والفتــاوى لابن تيمية حـ ٣ ص ٣٣٦

والشيخ / محمد أبو زهرة — الملكية ونظرية العقد — ف ١٠١ ، ١٠٢ ط ١٩٧٧م .

=

فيه ، بمعنى أن صيغة العقد وإن كانت تحدد زمن ظهور الحكم ، فإن العقود مع ذلك لها دخل فى ذلك إذهى بحسب طبيعتها ؛ تختلف فمنها مايخضع لإرادة المتعاقد لأن يظهر فيها أثرها بمجرد تمام العقد كالزواج والبيع والهبة . . (وماشابه ذلك) ومنها ماتقتضى طبيعتها منع ظهور أثرها إلا فى زمن مستقبل كالوصية حيث لايظهر أثرها إلا بعد الوفاة)(١) .

ومن ثم فإن عقد الدخل الدائم بمقتضى عقد بيع أو هبة يختلف عن عقد العقد الدخل الدائم بمقتضى عقد وصيه ، فزمان استحقاق الدخل فى الحالة الأخيرة لا يكون إلا بعد وفاة الموصى، وفى المواعيد المتفق عليه فى صيغة الوصية ، بينما يستحق الدخل فى الحالة الأولى بمجرد تلاق الإيجاب مع القبول بالشروط الواجب توافرها فيها وفى المواعيـــد المتفق عليها بين الطرفين ، كأن يتفق على دفع الدخل للدائن شهراً فشهرا أو سنة فسنة، فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد ميعاد لدفع الدخل ، وجب اتباع العرف(٢)، تأسيسا على أن العرف فى نظر الشريعة الإسلامية يعد مستندا عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية بين الناس « وله سلطان واسع المدى فى توليد الأحكام وتجديدها وتعديلها وتحديدها وإطلاقها وتقييدها »(٣) .

= وفضيلة الشيخ محمد شعبان حسين — نظرية العقد ص ٥ ط ١٩٧٤ (على الآلة الضاربة) .

(١) أنظر : د/ محمد سلام مدكور — المرجع السابق ص ٦٠٢

(٢) العرف : هو « عادة جمهور قوم فى قول أو فعل » الزرقا، المصدر السابق حـ ٢ ص ٦٣٨ . وانظر : د/أحمد فهمى أبو سنة : العرف والعادة فى رأى الفقهاء ص ١٣ ومابعدها .

(٣) د / مصطفى الزرقا — المصدر السابق حـ ٢ ص ٨٤٧

فلو قضى العرف بأن يكون دفع الدخل كل أول سنة وجب اتباعه ، ولو قضى بأن يكون دفع الدخل يوما فيوما ، أو شهرا فشهرا وجب اتباعه، وهكذا .

أما عن مكان دفع الدخل الدائم :

فان هذا المكان تحكمه القواعد العامة فى نظرية العقد بصفة عامة ، وهى تقضى فى ذلك بأن الدفع يكون فى المكان المحدد باتفاق الطرفين فى سند ترتيب الدخل الدائم ، وإلا وجب اتباع ما يقضى به العرف فى هذا الشأن كما هو الحال فى زمان دفع الدخل مالم يوجد اتفاق على تحديد مواعيد الدفع ، إذ أن قواعد الفقه الإسلامى لا تستلزم ضرورة اشتراط ذكر مكان الوفاء بمحل الالتزام .

٤٧ — مصروفات عقد الدخل الدائم :

تخضع أحكام مصروفات عقد الدخل الدائم للقواعد العامة ، وهى تقضى بأن عقد الدخل الدائم إذا كان مصدره عقد بيع فالمشترى (المدين بالدخل) هو الذى يلتزم بنفقات العقد ، ويدخل فيها أتعاب كتابة العقد والحجج ، وصكوك المبايعات(١) ، ونفقات الوفاء بالدخل ، إذا كان هذا الوفاء يقتضى نفقات لدفعه . إلخ ، وإذا كان الدخل الدائم ترتب بمقتضى عقد هبة ، فالأصل أن نفقات العقد تكون على المستفيد من الدخل بمقتضى الهبة وهو الموهوب له فيتحمل مصروفات العقد ، ورسوم تسجيل العقد ، ومصروفات تسلم الموهوب ونقله ، وذلك تفسيرا للهبة فى أضيق نطاقها ، فلا يجمع الواهب بين التجرد عن ماله بغير عوض ، وبين تحمل هذه النفقات(٢) .

---

(١) أنظر : شرح منتهى الإرادات ص ٢٢٢ وما بعدها .

(٢) أنظر : البدائع ج ٧ ص ٣٥٥

وإذا ترتب الدخل الدائم بمقتضى عقد وصية ، فان نفقات عقد الدخل الدائم يسرى بشأنها ما قررناه فى هذا الشأن حين يكون مصدر الدخل عقد هبته ، إذ الجامع بينهما أن كلا من الهبة والوصية من عقود التبرعات غير أنه تجدر الإشارة إلى أن الموصى له بالنفقة « مستحق الدخل » تجب عليه نفقة ومصروفات عقد الدخل الدائم متى كان متمكنا من الانتفاع ، سواء انتفع بالفعل أم لم ينتفع(١) .

وإذا امتنع مالك المنفعة من الإنفاق على العين ، أو دفع الضرائب المستحقة (وهى تمثل مصروفات ونفقات الدخل الدائم) عليها مقام مالك الرقبه بالإنفاق « كان مادفعه حق له فى غلتها يستوفيه منها قبل الموصى له بالمنفعة .

أما إذا لم تكن العين الموصى بمنفعتها صالحة للانتفاع ، كما إذا كانت أرضا لا تصلح للزراعة ، فان نفقات إصلاحها تكون على مالك الرقبة لأن الموصى له بالمنفعة ليس مالكا للرقبة ولا يتمكن من الانتفاع. فلا وجه لأن تجب عليه النفقة(٢) .

٤٨ — جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الدخل الدائم :

يجب التفرقة — ونحن بصدد جزاء الإخلال بالالتزام بدفع الدخل الدائم - بين ما إذا كان مصدر الالتزام بالدخل عقد معاوضة أو عقد تبرع ،

---

(١) أنظر المغنى ح ٦ ص ٤٧٩

(٢) د/ زكى الدين شعبان ، وأحمد الغندور — المصدر السابق ص ١٦٥ ، ١٦٦

وأنظر الشيخ/محمد أبو زهرة : قانون الوصية ص ١٦٢ — ١٦٤

فاذا كان مصدر الدخل عقد معاوضة (بيع مثلا) ولم يقم المدين بالوفاء بالتزامه نحو الدائن بدفع الدخل، وبالقدر المتفق عليه وفى ميعاد استحقاقه كان مستحق الدخل « البائع » بالخيار بين طلب إلزام المدين بالدخل « المشترى » بالتنفيذ، أو طلب فسخ العقد، وهو حكم تمليه القواعد العامة، بيد أن الحنفية لا يقرون ذلك الحكم فعندهم إذا أخل المشترى (المدين بالدخل) بالتزامه بدفع الثمن (الدخل الدائم) فلا يكون للبائع سوى اقتضائه بطريق التنفيذ على ماله وليس له الفسخ(١)، بمقولة أن البائع (الدائن بالدخل) يصبح مجرد دائن، وليس للدائن إلا طلب حقه، بل إن المشترى إذا قبض المبيع ؛ ثم مات مفلسا قبل أداء الثمن فان البائع يكون مثل الغرماء(٢) .

بينما يرى الشافعية والحنابلة (٣) جواز الفسخ ، إذا لم يكن الثمن حاضرا، أو كان المشترى معسرا ، أو كان موسرا وماله فى بلد بعيد ، وهذه كلها تعد من الإخلال بالالتزام بدفع الدخل الذى يجيز للدائن به فسخ العقد .

أما إذا كان مصدر الدخل الدائم عقد تبرع (وصية — هبة) وأخل المدين بالدخل بالوفاء بالتزامه ، فان قواعد رجوع الموصى عن الوصية هى التى تسرى .

---

(١) م ٣٩٣ من مرشد الحيران .

(٢) م ٢٩٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٣٠٢ . والمغنى لابن قدامة جـ ٤ صـ ١١٠، ١١١ .

أى أن الوصية بالمنافع التى ترتب الدخل ، تبطل ، وهو حكم لا خلاف فيه بين الفقهاء لأن الوصية تصرف غير لازم باتفاق الفقهاء ، فيجوز للموصى أن يرجع فيما أوصى به فى أى وقت شاء .

وسواء أكان الرجوع عن الوصية صريحا أم ضمنيا(١) ، والإخلال بالالتزام بدفع الدخل هو رجوع ضمنى يستفاد من القول أو الفعل الدال على العدول عن الوصية بواسطة العرف أو القرنية كمن أوصى لفلان بسكنى داره ، ثم قام بعد ذلك ببيعها للغير ، وما شابه ذلك .

كما أن قواعد الرجوع فى الهبة(٢) هى التى تسرى إذا كان مصدر الدخل الدائم عقد هبة وأخل بالتزامه بعدم دفع المرتب على التفصيل الموجود فى قواعد الرجوع فى الهبة ، وموانع الرجوع فيها فى موضعه .

---

(١) البدائع ح ٧ ص ٣٩٤ ، وحاشية الدسوقى ح ٤ ص ٩١٠ ، والمنتقى على الموطأ ح ٦ ص ١١٣ ، ١١٦ ، والمهذب للشيرازى ح ١ ص ٤٥٩ ، والمغنى ج ٦ ص ٤٨٧ ، والمحلى ح ٩ ص ٣٤٠ — ٣٤٢ مسألة رقم ١٧٦٥ ط بيروت .

(٢) أنظر: البدائع ح ٥ ص ٦٩٨ ومابعدها ، والمهذب ح ١ ص ٤٥٤ ، ومغنى المحتاج ح ٢ ص ٤٠١ ، والمغنى ح ٦ ص ٢٧١ ، ٢٧٤ وما بعدها ، والمحلى لابن حزم ح ٩ ص ١٢٧ ، والبحر الزخار ح ٤ ص ١٣٩

المطلب الثانى

أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم فى القانون المدنى

٤٩ — مدى الالتزام بدفع الدخل الدائم :-

المدين بالدخل الدائم يجب عليه أن يقوم بدفعه إلى الدائن بالمقدار المحدد فى العقد أو الوصية(١)، غير أن الفقرة الثانية من المادة ٥٤٥ من التقنين المدنى نصت على أنه « إذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة، اتبع فى شأنه من حيث سعر الفائدة القواعد التى تسرى على القرض ذى الفائدة ».

ويستبين من نص الفقرة السابقة أنه يفرق بين ما إذا كان ترتيب الدخل بعقد من عقود المعاوضة، أو بعقد من عقود التبرع .

(ا) فإذا ترتب الدخل بعقد من عقود المعاوضة - كما لو ترتب بعقد بيع أو عقد قرض - وجب ألا يتجاوز الحد الأقصى لسعر الفائدة الاتفاق وهو ٧ ٪ من رأس المال المقترض، أو ثمن المبيع، وهذا الحكم يسرى إذا كان رأس المال نقوداً حتى ولو كان الدخل أشياء مثلية غير النقود، أما إذا كان رأس المال أشياء مثلية غير النقود، فيجوز أن يجاوز الدخل - سواء كان أشياء مثلية أو نقوداً - الحد الأقصى للسعر الاتفاق للفائدة تأسيساً على أن الحد الأقصى لا يتقرر إلا اذا كان رأس المال نقوداً(٢) .

---

(١) د . محمد كامل مرسى - المصدر السابق ص ٤٠٩، د . عبد الرازق السنهورى - المرجع السابق ص ٤٨٨ .

(٢) د . عبدالرازق السنهورى - المصدر السابق ص ٤٨٩ .

ولم يقيد النص السابق الدخل إلا من حيث سعر الفائدة — على النحو السابق - ، ومن ثم فإن القيود الأخرى التى ترد على الفوائد لا تسرى ، ومن ذلك أنه يجوز فى الدخل الدائم أن يكون مجموع الدخل الذى يتقاضاه الدائن أكثر من رأس المال ، وهذا على خلاف الفوائد غير الدخل ، إذ أنه لا يجوز أن يجاوز مجموع ما يتقاضاه الدائن فيها رأس المال (١) كما أنه يجوز للدائن بالدخل أن يتقاضى فوائد تأخيرية إذا تأخر المدين عن دفع الدخل فى الميعاد المتفق على دفع الدخل فيه ، ويستطيع الدائن أن يقاضى المدين بالدخل مطالباً إياه بالدخل المتأخر والفوائد بالسعر القانونى (٢) ، أما فى الفوائد العادية ، فلا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد (٣) .

(ب) وإذا ترتب الدخل بعقد تبرع — كما لو ترتب بهبة أو وصية — فلا يتصور فى هذه الحالة حداً أقصى للسعر الاتفاق ، لأنه لا يوجد رأس مال أعطى للمدين بالدخل حتى ينسب إليه الدخل للتثبت من عدم مجاوزته للحد الأقصى . وعلى ذلك يجوز أن يكون الدخل فى مثل هذه الحالات أى مقدار يرضى المدين أن يهبه أو يوصى به .

---

(١) م ٢٣٢ مدنى مصرى .

(٢) السنهورى - السابق — الموضع السابق ، وانظر استئناف مختلط فى ٢٩ مايو ١٨٩٠ - مجلة التشريع والقضاء المختلط س ٢ ص ٢٢٣ .

(٣) م ٢٣٢ مدنى مصرى ، د . جمال زكى — المرجع السابق ص ٢١١ ، د . محمد كامل مرسى — المصدر السابق — فقرة ٣١٥ وما بعدها ، وانظر نقض مدنى فى : ٦٣/٦/٢٧ — مجموعة أحكام النقض المدنى ، س ١٤ — ١٣١ — ١٣٦ ، ونقض مدنى فى ٦٤/٤/٢ - المجموعة السابقة : ١٥ - ٨٠ - ٤٩٩ ، ونقض مدنى فى ٦٤/١٢/٣ - المجموعة السابقة : ١٥ - ١٦٣ — ١١٢٠

من يقوم بدفع الدخل الدائم : ؟ -

يقوم بدفع الدخل : المدين به : وبالقدر المتفق عليه (١) ، وهو فى البيع : المشترى وفى القرض : المقترض ، وفى الهبة : الواهب ، وفى الوصية تركة الموصى ، ولما كان الدخل « دائما » فإن طبيعته تقضى بعدم انقضائه بموت المدين ، بل تكون تركته مسئولة عن الاستمرار فى دفع الدخل للدائن به ؛ غير أن تساؤلا أثير حول مصدر الدخل بعد وفاة الموصى ؟ هل يقتطع من التركة — رأس مال تكفى فائدته للوفاء بمقدار الدخل ؟

أم يدفع كل مورث ما يخصه من الدخل بحسب نصيبه من التركة .

ذهب رأى فى للفقه المصرى(٢) إلى اقتطاع جزء من رأس مال التركة تكفى فائدته للوفاء بالدخل ، بينما ذهب رأى آخرا (٣) إلى أن المدين بالدخل إذا توفى ، وزعت تركته كلها على الورثة ، ويدفع كل من هؤلاء الورثة من تركة مورثهم ما يخصه من الدخل بحسب نصيب كل منهم فى التركة ، لأن الدخل عبارة عن مبلغ من النقود — أو أشياء مثلية — وهو بطبيعته قابل للتجزئة ولأنه لا تركة إلا بعد سداد الديون (٤). وبتمحيص الرأيين السابقين نرى أن الرأى الأولى بالقبول — لدينا — هو الرأى الثانى الذى يرى توزيع التركة كلها على الورثة ويقوم كل منهم بدفع مايخصه من الدخل على حسب نصيبه فى التركة ، لأن منطق الرأى الأول

---

(١) انظر د . محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٤٠٩ .

(٢) د . عبد الرزاق السنهورى — السابق — الموضع السابق .

(٣) د . محمد كامل مرسى — المصدر السابق — الوضع السابق .

(٤) انظر استئناف مختلط فى ١٤ فبراير سنة ١٩٠٠ - ١٢ ص ١٣٠ ، ومجلة مصر العصرية ١٩١٤ ص ١٤ .

باقتطاع جزء من رأس مال التركة تكفى فائدته للوفاء بالدخل، يجعل هذا الجزء من التركة بمثابة رأس مال سائب لا يقوم على أمره واستثماره شخص محدد، فيكون رأس مال عاطل عن در دخل ما ، فمن أين يؤتى بريع أو فائدة تكفى للدخل ، وهو غير مستغل أو مستثمر؟ هذا فضلا عن تلك المشاكل القانونية والعملية التى تثور حول هذا الجزء من رأس المال؟ ملك من؟ ومن الذى يقوم على ادارته واستثماره؟ وهل يستثمر بالطريقة المثلى؟ ... الخ :

على أنه يجب أن نشير إلى أن المدين بالدخل إذا كان شخصا معنويا كالدولة أو أحد المصارف أو إحدى الشركات — وهذا هو الغالب — فان الذى يقع عمـــلا أن المدين يظل يؤدى الدخل إلى أن يستبدل به عن طريق استهلاك السندات التى أصدرها(١).

٥١ — لمن يدفع الدخل الدائم :-

يدفع الدخل للدائن به ، وهو فى البيع : البائـــع ، وفى القرض - المقرض ، وفى الهبة : الموهوب له ، وفى الوصيـة الموصى له . ويستمر الدخل طول حياة المدين ، فإذا مات انتقل الدخل إلى ورثته ، ثم إلى ورثة ورثته وهكذا كل بقدر نصيبه فى الميراث . ويتجزأ الدخل على الورثة ، كما سبق بيانه (٢) ويستمر دفع الدخل إلى أن يستبدل به المدين أو إلى أن ينقضى بسبب من أسباب انقضائه(٣) على النحو الذى سنبينه فى حينه .

---

(١) السنهورى — المصدر السابق ص ٤٩٠ .

(٢) انظر : البند السابق من هذا البحث .

(٣) راجع السنهورى - السابق ص ٤٩٠ .

٥٢ — محل دفع الدخل الدائم :-

يدفع الدخل الدائم فى المكان المحدد فى سند ترتيبه بمقتضى اتفاق المتعاقدين(١)، فإذا لم يحدد مكان لدفع المرتبات، وجب الرجوع إلى القواعد العامة المذكورة فى المادة ٣٤٧ من التقنين المصرى(٢)، والتى تقضى بأن يكون دفع الدخل فى محل «موطن» المدين بالدخل(٣).

٥٣ — زمان دفع المرتبات :-

يدفع الدخل فى الزمان والمواعيد المحددة فى سند ترتيبه والمتفق عليها بين المتعاقدين، والغالب أن يكون هذا الميعاد، سنة فسنة بيد أنه لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على دفع المرتبات فى مواعيد شهريه أو غير ذلك، على أنه إذا لم يحدد ميعاد للدفع فى سند ترتيب الدخل ولم يمكن استخلاص هذا الميعاد من ظروف وملابسات الحال، وجب الدفع فى آخر كل سنة(٤).

---

(١) جليوارد : ف ١٧٧ مكررة وانظر : سيرى ٨٠-٢-١٩٨، داللوز : ٨١-٢-١٥٨.

(٢) وهى تقابل المادة : ٢٣٣/١٧٠ من التقنين الملغى، والمادة : ٣٤٥ من التقنين المدنى السورى. والمادة ٣٤٧ من التقنين العراقى الجديد، والمادة ١٢٤٧ من التقنين الفرنسى،

(٣) انظر : موسوعات داللوز : ترتيب الايرادات - نبذة ٤٧.

(٤) انظر السنهورى - السابق - الموضع السابق.

٥٤ — الجزاء على مخالفة الالتزام بدفع الدخل :-

إذا لم يقم المدين بالوفاء بالتزامه نحو الدائن بدفع الدخل بالقدر المتفق عليه فى العقد أو الوصية وفى موعده المحدد، كان ذلك بمثابة إخلال بالتزام قانونى ، ويترتب عليه جزاء معين ، حيث يجوز للدائن إجبار المدين على الدفع عن طريق مطالبته قضائياً بدفع الدخل المتأخر مع الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى ، فإذا حصل الدائن بالدخل على حكم بذلك قابل للتنفيذ ، نفذه على أموال المدين بالطرق المقررة قانونا (١) .

هذا ويراعى أن عقد الدخـــل الدائم من العقود القابلة للفسخ عن طريق إجبار المدين على الاستبدال ، إذا لم يقم بدفـع الدخـل سنتين متواليتين رغم اعذاره ، كما سنرى ذلك تفصيلا عند بحث أحكام الاستبدال فى الفصل القادم .

٥٥ — مصروفات عقد الدخل الدائم :

تخضع أحكام مصاريف عقد الدخل الدائم للقواعد العامة وهى تقضى بتحمل المدين بالدخل مصروفات العقد (٢) ، لأن من واجبه أن يعطى الدائن السند الكتابى المثبت لحقه (٣) .

---

(١) انظر السنهورى — السابق الموضـــع ، وانظر نقض مدنى فى ١٩٨١/١/٧ — مجموعة أحكام النقض المدنى طعن رقم ٨٥٧ السنة ٤٧ ق .

(٢) د . محمد كامل مرسى ـ المصدر السابق ص ٤٠٩ .

(٣) موسوعات داللوز — ترتيب الإيرادات — نبذة ٤٧ .

المطلب الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم

٥٦ — أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم :

يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى — فيما يتعلق بأحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم — فى :

(ا) الملتزم بدفع الدخل هو المدين به وبالقدر والصفة المتفق عليهما، وهو فى البيع : المشترى ، وفى الهبة : الواهب ، وفى الوصية : تركة الموصى .

(ب) المستحق للدخل فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى هو الدائن به وهو فى البيع: البائع ، وفى الهبة الموهوب له و ، فى الوصية الموصى له ، ويستمر دفع الدخل طول حياة المدين به ، فإن مات انتقل الالتزام به إلى ورثته ، ثم إلى ورثة ورثته ، وهكذا ، ويدفع الدخل إلى الدائن به ، فإن مات الدائن بالدخل انتقل إلى ورثته، ثم إلى ورثة ورثته ، وهكذا إلى أن ينقضى الدخل بسبب من أسباب انقضائه ، أو يستبدل به المدين.

(ج) يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى بيان زمان ومكان دفع الدخل الدائم للدائن به — كقاعدة عامة — وزمان دفع الدخل هو المواعيد المحددة فى سند ترتيب الدخل والمتفق عليها بين الطرفين ، وإن لم يمكن استخلاص ميعاد الدفع من ظروف وملابسات الحال ، وجب

الرجوع إلى العرف السائد بين الناس ، وإن كان فقه القانون الوضعى (١) يرى أنه يجب الدفع فى آخر كل سنة .

وهذا الرأى — فى نظرى — يقعد مايجرى عليه العرف الغالب فى هذا الشأن ومن ثم فلا كبير خلاف بين الفقه القانونى والفقه الإسلامى فى هذا الشأن .

أما مكان دفع الدخل الدائم فهو المكان المحدد فى سند ترتيب الدخل الدائم باتفاق الطرفين ، وإلا وجب الرجوع إلى القواعد العامة وهى تقضى بأن مكان الدخل الدائم يكون موطن المدين أو ما يقضى به عرف الجهة .

(د) يتفق القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى على أن المدين إذا أخل بالتزامه بدفع الدخل بالقدر المتفق عليه فى العقد — إذا كان مصدره عقد البيع — جاز للدائن فى هذه الحالة أقتضاء حقه بطريق التنفيذ على ماله ، وهو ماقال به الحنفية [٢] .

وجاز له أيضا طلب الفسخ وهو ماقال به الشافعية والحنابلة(٣) ، وهو وهو نفس ماأخذ به فقه القانون الوضعى .

---

(١) السنهورى — الوسيط حـ ٥ ص ٤٩٠

(٢) أنظر : م ٢٩٣ من مرشد الحيران ، وم ٢٩٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(٣) راجع المهذب للشيرازى حـ ١ ص ٣٠٢ ، والمغنى لابن قدامة حـ ٤ ص ١١٠ — ١١١

ويختلف الفقه الإسلامي عن القانون الوضعي في :

[١] يرى فقه القانون الوضعي أن الدخل الدائم إذا كان مصدره وصية :

اقتطاع جزء من رأس مال التركة يكفي فائدته للوفاء بالدخل [١] ، أو – في رأي آخر [٢] – توزع التركة كلهـا على الورثة ويدفع كل منهم من تركة مورثهم ما يخصه من الدخل بحسب نصيبه في التركة [٣] :

ولكن الفقه الإسلامي لم يأخذ بهذا الرأي أو ذاك ، بل قرر في وضوح أن مصـدر الدخل (العين الموصى بمنفعتها] تخرج من التركة ولا تدخل في التركة أبداً ، لأن الوصية بمنافع العين حبست العين عن الورثة لفوات المقصود منها وهو الإنتفاع بها ومن ثم تخرج تلك العين من ثلث التركة ، وتدخل في حوزة الموصى له بمنفعتها ليستخدم تلك المنفعة كيفما شاء هو وورثته إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة ، ويستخدمها شاء في الوقت المحدد بمنفعتها له إذا كانت الوصية بالمنفعة محددة بمدة ، فإذا انقضت تلك المدة عادت العين إلى ورثة الموصى لتوزع بينهم حسب نصيب كل منهم في التركة .

---

(١) السنهوري – المصدر السابق ص ٤٨٩

(٢) د . محمد كامل مرسي – المصدر السابق ص ٤٠٩

(٣) وهو ما رجحنا الأخذ به في موضعه لا تساقه مع الواقع العملي الذي يقضي باستثمار المال وإدارته بمعرفة شخص معين حتى يمكن الرجوع إليه أو عليه عند الاقتضاء .

وإن كانت الوصية بمنفعة العين مطلقة عن الوقت ظل الموصى له بالمنفعة مستحقا لها حتى وفاته. فإذا مات انتقلت العين إلى ملك صاحبها لأن الوصية بالمنفعة قد بطلت بموت الموصى له (١).

وتبين مما سبق أن معالجة الفقه الإسلامى لمحل الدخل الدائم إذا كان عينا موصى بمنفعتها كانت أكثر دقة وأبين منهجا، وهو ما يجب أن يؤخذ بعين الاعتبار عند معالجة أحكام الالتزام بدفع الدخل الدائم فقها وقضاءاً وتشريعا.

«ب» يختلف القانون الوضعى مع الفقه الإسلامى فى معالجته لمصروفات ونفقات الدخل الدائم، فبينما يرى الأول أن مصاريف عقد الدخل الدائم يتحملها المدين بالدخل (٢)- وسواء بعد ذلك أكان مصدر الدخل عقد بيع أم عقد قرض أم عقد هبة، أم عقد وصية - نجد أن الفقه الإسلامى يقر ما ذهب إليه الفقه القانونى إذا كان مصدر الدخل الدائم عقد بيع فقط.

أما إذا كان مصدر الدخل عقد هبة أو وصية « عقد تبرع » فإن نفقات ومصروفات العقد تكون على المستفيد من الدخل وهو الموهوب له، والموصى له لئلا يجمع على المدين بالدخل «الواهب والوصى» بين التجرد عن ماله بغير عوض وبين تحمل هذه النفقات.

وأعتقد أن فى هذا من العدالة وبقوة المنطق ما يغنى عن القول برجحانه وسداده.

(١) أنظر: البدائع جـ٧ صـ٣٥٣، وحاشية ابن عابدين جـ٦ صـ٦٩٤

(٢) د محمد كامل مرسى — المصدر السابق — صـ ٤٠٩

«ح» يختلف القانون الوضعى عن الفقه الإسلامى فى معالجته لقواعد الجزاء على مخالفة الالتزام بدفع الدخل حيث ذهب القانون الوضعى إلى أن المدين إذا أخل بالتزامه بدفع الدخل، جاز للدائن إجبار المدين على الدفع عن طريق مطالبته قضائيا بدفع الدخل المتأخر مع الفوائد التأخيرية بالسعر القانونى (١)، بينما لا تقر قواعد الفقه الاسلامى حق الدائن فى تقاضى آية فوائد عن التأخير فى دفع الدخل؛ لأن ذلك هو ربا النسيئة المحرم شرعاً بنصوص قاطعة من الكتاب والسنة والإجماع على ما سبق بيانه فى موضعه .

---

(١) راجع السنهورى — السابق ص ٩٠

الفصل الثالث

انقضاء الدخل الدائم

فى

الفقه الإسلامى والقانون المدنى

٥٧ ـ الأسباب العامة لانقضاء عقد الدخل فى الفقه الإسلامى والقانون الوضعى :

عقد الدخل الدائم شأنه شأن أى عقد آخر ، إذ هو ينشىء التزامات فى ذمة المدين قبل دائنه ، ومن ثم فهو ينقضى بجميع الأسباب التى تنقضى بها الالتزامات على وجه العموم (١) ، كالإبراء (٢) ،

---

(١) أنظر : السنهورى ـ السابق ص ٤٩١ ، د . محمد كامل مرسى ـ المصدر السابق ص ٤١٠

(٢) الإبراء فى فقه القانون المدنى هو : نزول الدائن عن حقه فى ذمة المدين دون مقابل (د . جمال زكى ـ الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ـ ص ٨٨٩ ط ١٩٧٨م)

وفى الفقه الإسلامى : هو إيجاب يصدر من المدين يفيد انتهاء التزام المدين بالدين كله أو بعضه على حسب ماوقع من الإبراء لفراغ ذمته بالبراءة ، (أنظر سلام مدكور ـ المدخل للفقه الإسلامى ص ٧١٤ ط دار الكتاب الحديث ـ الكويت . وأنظر فى أحكام الإبراء وقواعده الفروق للقرافى جـ ٢ ص ١١٠ ، ١١٩ والدر المختار جـ ٤ ص ١٨ ، وجامع الفصولين جـ ٢ ص ٤) .

والتجديد(١) ، واتحاد الذمة(٢) ، والمقاصة(٣) ، إلا أنه يشترط فى المقاصة أن يظهر المدين رغبته فى رد رأس المال ، لأن المقاصة لا تحصل بقوة القانون ، على أن يراعى أن المقاصة تحصل بين المرتبات المستحقة والديون الأخرى بقوة القانون،(٣) طبقا للقواعد العامة .

---

(١) التجديد فى فقه القانون : هو استبدال الطرفين بالالتزام الأصلى التزاما جديداً يختلف عن الالتزام القديم فى محله أو فى مصدره أو فى شخص الدائن أو المدين [جمال زكى المرجع السابق ص٨٨٦، وعبد المنعم البدراوى أحكام الالتزام ص٧٤] .

وفى الفقه الإسلامى : إنقضاء الالتزام بالتجديد عبارة عن استبدال الدين فى أحد عناصره بعنصر آخر (سلام مدكور – السابق صـ ٧٠) .

(٢) إتحاد الذمة فى فقه القانون المدنى : إتحاد صفتى الدائن والمدين فى شخص واحد بالنسبة إلى دين واحد [د طلبة خطاب – أحكام الالتزام بين الشريعة والقانون ص٢٠٢ ط ٨٣ ، د . عبد المجيد الحكيم – أحكام الالتزام ص ٢٧٦] .

وفى الفقه الإسلامى : إجتماع صفتى الدائنية والمديونية فى شخص واحد [راجع تبيين الحقائق للزيلعى جـ٤ ص١٥٥ ط ١٣١٤هـ] .

(٣) المقاصة فى فقه القانون المدنى والفقه الإسلامى هى : إسقاط ما للدائن من دين على الغريم فى نظر ماله عليه [أنظر : أحمد أبو الفتح – المعاملات فى الشريعة الإسلامية جـ١ ص١٣٠ ، والمادة ٢٨٧ مدنى مصرى] وأنظر فى الأحكام المتعلقة بكل من الابراء والتجديد ، واتحاد الذمة ، والمقاصة – بحث لنا بعنوان أحكام مطالبة المدينين المتضامنين بالدين ف ٣٧٩ .

(٤) د. محمد كامل مرسى – المصدر السابق ص١١٠

كما ينقضى الإلتزام بدفع الدخل الدائم بالوفاء(١) ، بيد أنه يجب القول بأن الالتزام بدفع قسط دورى من الدخل : ينقضى بالوفاء بهذا القسط ، أو بالتجديد ، أو بالمقاصة ، أو بالإبراء ، أو باتحاد الذمة . أو بالتقادم(٢)، ومدة التقادم هنا خمس سنوات(٣) من وقت حلول القسط لأن أقساط الدخل عبارة عن حقوق دورية متجددة .

أما الالتزام بدفع الدخل الدورى فى مجموعه أو الدخل الدائم، فإنه لا يسقط بوفاء أقساط الدخل مهما كثرت ، لأن هذه الأقساط تتجدد بصفة دائمة، ولكن الدخل الدائم يسقط بالتجديد، وبالمقاصة، وباتحاد الذمة، وبالاستبدال بعد إظهار المدين لرغبته فى رد رأس المال ، ومضى سنة على إظهار تلك الرغبة ، وبالإبراء ، وبالتقادم إذا سكت الدائن عن المطالبة بحقه مدة خمس عشرة سنة(٤) ، ويبدأ سريان التقادم هنا من وقت وجود الالتزام بالدخل

---

(١) الوفاء فى فقه القانون المدنى : أداء المدين ما عليه من التزام قبل دائنه أو هو «رد رأس المال — فى عقد الدخل الدائم — للدائن» كامل مرسى — السابق — الوضع السابق .

وفى الفقه الإسلامى : عبارة عن عقد يبيع فيه الملتزم ما يؤديه للدائن فى مقابل ما كان يجب عليه الوفاء به (أنظر : سلام مدكور — السابق ص ٦٩٨)

(٢) أنظر فى مدة التقادم وأحكامه تفصيلا : مؤلفنا - أحكام مطالبة المدينه المتضامنين بالدين - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامى ط ١٩٨٨ ف ٨٦ أ ، ٨٦ ب ، ٨٧

(٣) م ١/٣٧٥ من التقنين المدنى المصرى ، م ٣٧٣ من القانون السورى الجديد م ٤٣٠ من التقنين العراقى الجديد ، م ٢٢٧٧ من القانون الفرنسى

(٤) السنهورى - السابق - الموضع السابق

الدائم ، لأنه منذ ذلك الوقت يكون نافذا ، حتى قبل حلول أى قسط من أقساطه . وبوفع أى قسط من أقساط الدخل ينقطع التقادم ، ويبدأ تقادم جديد يسرى منذ الانقطاع دون حاجة لانتظار حـــلول قسط تال(١) .

هذه هى الأسباب العامة لانقضاء الدخل الدائم ، أما السبب الخاص والأساسى لانقضاء الالتزام بدفع الدخل فى مجموعه : فهو « الاستبدال » وهو ما سنتحدث عنه تفصيلا فى هذا الفصل .

تقسيم :

سنعالج أحكام وقواعد استبدال الدخل الدائم فى مبحثين :

المبحث الأول : أحكام استبدال الدخل الدائم فى الفقة الإسلامى .

المبحث الثانى : أحكام استبدال الدخل الدائم فى القانون الوضعى .

---

(١) السنهورى ـ السابق ـ هامش (١) ص ٤٩١

المبحث الأول

أحكام استبدال الدخل الدائم
فى
الفقه الإسلامى

٥٨ — مفهوم استبدال الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى :

من المسلم به — لدينا — أن اصطلاح «استبدال الدخل الدائم» اصطلاح استعاره الفقهاء المحدثون عن طريق العارية من الفقه القانونى ، وهو أمر منطقى لما سبق ذكره(١) من أن عقد الدخل الدائم من العقود غير المسماة فى الفقه الإسلامى، ولا زال فى طور البناء ، ومن ثم يبدو طبيعياً استعارة بعض المصطلحات للدلالة على معنى معين ، كاصطلاح الاستبدال .

واستبدال الدخل الدائم عبارة عن : قيام المدين بالدخل برد رأس المال للدائن به فيتخلص بذلك من آداء الدخل بشروط مخصوصة .

٥٩ — مدى جواز استبدال الدخل الدائم فى الفقه الإسلامى :

يستبين من مفهوم الاستبدال بالمعنى السابق أنه يتم بالإرادة المنفردة للمدين حتى يستطيع أن يتخلص من دفع الدخل الدائم ؛ ومن ثم وجب تبيان ما إذا كان عقد الدخل الدائم عقداً لازماً (٢) لا يجوز إنهاؤه بالإرادة

---

(١) أنظر : بند ٧ من هذا البحث

(٢) العقد اللازم : هو العقد الذى لا يقبل الفسخ بطبيعته ، فلا يمكن لطرفى العقد أو أحدهما فسخه كالخلع فإنه لا يمكن نقضه ، أو هو العقد =

المفردة، أم عقداً جائزاً(١) يجوز إنهاؤه بالإرادة المنفردة ، لأن الإرادة المنفردة لا تصلح لإنهاء العقود اللازمة فى حق الطرفين ، وإلا لاضطربت المعاملات وخلت شرعية العقود من مقاصدها التى شرعت لأجلها فتعم الفوضى ، وينتشر الخراب ، هذا فضلا عن أن الله عز وجل شرع العقود ورتب عليها آثارها لحاجة الناس ومصلحتهم إليها .

وتأسيساً على ما تقدم فإن العقود فى الفقه الإسلامى تنقسم من حيث الجواز وعدمه إلى :

(أ) عقود لازمة فى حق كل من الطرفين كالبيع والسلم ونحوهما(٢).

(ب) عقود لازمة فى حق أحـــد العاقدين دون الآخر كالكتابة ، والكفالة ، والرهن(٣) .. إلخ .

= الذى لا يقبل الفسخ إلا بتراضى الطرفين كعقود البيع والإجارة ، والمزارعة .. الخ [أنظر فى ذلك : سلام مدكور - السابق ص ٥٩٤ د. مصطفى الزرقا - السابق ص٥٧٧

(١) العقد غير اللازم : هو العقد الذى يستطيع أن يتحلل منه أى من طرفيه دون توقف على رضاء الطرف الآخر [أنظر المغنى - جـ٤ ص ١٢١، د . مصطفى الزرقا - السابق ص ٥٧٧ ، د . سلام مدكور - السابق ص ٥٩٥]

(٢) أنظر فى ذلك : الفروق للقرافى جـ٢ ص١٣ ، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ٢ ص١٢٥ وبدائع الصنائع جـ٦ ص١٣٠٦ ط١٣٢٨هـ - ١٩١٠م ، والفروق للقرافى جـ٤ ص١١ ط١٣٤٦هـ، ومغنى المحتاج جـ٢ ص٤٧ ط١٣٥٢هـ - ١٩٣٣م، والمغنى جـ٤ ص١١٩

(٣) أنظر فى ذلك . البحر الرائق جـ٥ ص٢٨٢ ط١٣٨٧هـ - ١٩٦٨م =

(جـ) عقود جائزة فى حق كل من طرفيها كالوصية ، والهبة قبل القبض ، والوكالة ... وسائر الولايات إلا الإمامة العظمى(١) .

فإلى أى طائفة من هذه الطوائف ينتمى عقد الدخل الدائم حتى يستبين وجه الحق فى مدى جواز إنهائه بالإرادة المنفردة من قبل المدن به ؟

للإجابة على ذلك نقول :

إن عقد الدخل الدائم إما أن يترتب بمقتضى عقد معارضة لازم كالبيع ؛

وإما أن يترتب بمقتضى عقد جائز من عقود التبرع كما لو ترتب بهبة وجب هبة أو وصية .

ويختلف مدى جواز استبدال الدخل الدائم الناشىء عن أى من هذين النوعين على النحو الآتى .

٦٠ — أولا : أحكام استبدال الدخل الدائم الناشىء عن عقد معاوضة :

سبق أن ذكرنا(٢) أن الدخل الدائم قد يترتب بمقتضى عقد معارضة

= والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٣٦ ط ١٢٩٨ هـ ، والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٠٠ والمغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ١٢١ .

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم السابق ص ٢٣٦ ، والأشباه للسيوطى ط عيسى الحلبى — ص ٣٠٠ والمغنى لابن قدامة — السابق — الموضع السابق ، والقواعد لابن رجب الحنبلى ص ١٥٥ ط ١٩٧١ ، والبحر الزخار جـ ٤ ص ١٣٣ ، وأنظر عكس ذلك فى الهبة حيث يرى المالكية أن الهبة قبل القبض لازمة [بداية المجتهد لابن رشد جـ ٢ ص ٣٧٩ ، وحاشية الدسوقى جـ ٤ ص ١ وأنظر المحلى لابن حزم جـ ٩ ص ١٢١] .

(٢) أنظر فقرة ٣٣ من هذا البحث

هو الشأن فى ترتيب الدخل بمقتضى عقد قرض أو عقد بيع ، وانتهينا آنذاك إلى عدم شرعية ترتيب الدخل الدائم الناشىء عن عقد قرض ، لأن الدخل سيكون عبارة عن فائدة رأس المال وهو منهى عنه شرعاً باتفاق الفقهاء ، كما انتهينا إلى عدم شرعية الدخل الدائم الناشىء عن عقد بيع إذا كان الثمن ذاته رأساً دخلا دائما لما فيه من الغرر والجهالة والربا .

أما إذا اتفق المتبايعان على أن يكون الثمن مقدار معينا (مبلغ ١٠٠ جنيه مثلا) ويحول ذلك المبلغ إلى دخل دائم فى عقد البيع ، فهو أمر لا تأباه قواعد الفقه الإسلامى لأن الثمن قد حدد ، غاية الأمر أنه يدفع « مقسطاً » ، وينتهى الدخل بإنتهاء دفع آخر قسط ، ومن ثم ينحصر نطاق بحثنا فى هذا الأمر الجائز ، ويثور التساؤل ؟ هل يجوز للمدين بالدخل الدائم الناشىء عن عقد بيع فى صورته الأخيرة « الجائزة شرعا » أن يرد رأس المال الواجب الرد وهو مقدار الثمن الذى حدده المتعاقدان أولا فى عقد البيع ؟

والإجابة على ذلك نقول : إن الأصل فى عقد البيع أن يكون الثمن حالا(١) ، والبيع بالتقسيط فى صورة دخل دائم لا يعد وأن يكون رخصة للمشترى « المدين » ، له الحق فى إسقاطها متى شاء بإرادته المنفردة(٢) ، إذ أن كل الحقوق التى لا تحمل فى طيها معنى التكليف ، ولم يتعلق بها حق لغير

---

(١) انظر فى باب البيوع : حاشية ابن عابدين جـ ٥ صـ ١٥٧ — ١٦٠ ، حاشية الدسوقى جـ ٣ صـ ١٧٦ ط عيسى البابى الحلبى ؛ المهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٧٣ ، والمغنى جـ ٤ صـ ١٩٨ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذا المعنى : بداية المجتهد جـ ٢ صـ ١٣٦ ، والمهذب للشيرازى جـ ١ صـ ٢٨٠ — ٢٨١ ، والمغنى لإبن قدامة جـ ٤ صـ ٥ .

صاحب الحق ، ولم يكن فى سقوطها تغيير للشرع : تقبل الإسقاط(١) ، فإسقاط الأجل حق مطلق لا يقابله أى التزام فى مواجهة المتعاقد الآخر لأنه رخصة من الشارع غير مقيدة فى نطاق استعمالها الشرعى(٢) .

وقد جاء فى حاشية بن عابدين « لو قال المديون : أبطلت الأجل أو تركته صار حالا . . . . »(٣) . وما ذلك إلا لأن الثمن صار بالتأجيل دينا وجب فى الذمة بالعقد .

وبذلك يستبين جواز استبدال الدخل الدائم بإرادة المدين المنفردة إذا كان الدخل قد ترتب بمقتضى عقد معاوضة لازم كعقد البيع .

٦١ — ثانيا : أحكام استبدال الدخل الدائم المترتب بمقتضى عقد تبرع (وصية — هبة) :

إذا ترتب الدخل الدائم بمقتضى عقد تبرع كالوصية أو الهبة ، فإنه يجوز استبدال الدخل الدائم بالإرادة المنفردة للمدين .

ففى مجال الوصية ذهب أبو يوسف من الحنفية(٤) ، والشافعية(٥) إلى

---

(١) انظر الشيخ على الخفيف : التصرف الإنفرادى والإرادة المنفردة ص ٢٥٠ ط ١٩٦٤ م .

(٢) انظر فى ذلك : للمؤلف : إنقضاء العقد بالإلغاء والرجوع — دراسة مقارنة ط ١٩٨٤ ص ١٨٣ .

(٣) حاشية بن عابدين جـ ٥ ص ١٥٧

(٤) انظر البدائع جـ ٧ ص ٣٥٢ — ٣٥٤ ط ١٩٨٢ م ، وحاشية بن عابدين جـ ٦ ص ٦٩١ — ٦٩٩

(٥) انظر : المهذب الشيرازى جـ ١ ص ٤٥٨ ، ٤٦٠ .

بأنه يجوز لورثة الموصى فى جميع أحوال الوصية بمرتب من رأس المال أو الغلة — ما لم تكن لجهة ليس لها صفة الدوام — « أى لا يظن إنقطاعها » أن يستولوا على العين التى خصصت لاستيفاء المرتب من غلتها بشرط أن يودعوا فى مصرف أو أى جهة يرضى بها الموصى له — أو يعين القاضى جهة الإيداع عند النزاع — جميع المرتبات المستحقة نقداً(١) ، ويخصص هذا المبلغ لتنفيذ الوصية ، وبذلك ينتقل حق الموصى له إلى المبلغ المودع ، ويستوفى منه المرتب فى نجومه المتوالية(٢) ، فاذا كانت الوصية لمدة معلومة قدرها عشرون سنة مثلا ، وبمرتب شهرى قدره عشرة جنيهات كل شهر فاتفق الورثة مع الموصى له على إيداعها فى بنك معين ، ويأخذ الموصى له المرتب فى مواعيده ، فان الورثة يصيرون أحراراً فى التركة بعد الإيداع ولا يكون للموصى له بعد ذلك أى حق فى التركة ، فلو هلك المال المودع لسبب من الأسباب ، أو حجز دائنه على ما أودع فى المصرف من أمواله لحسابه ليستوفى دينه عند حلول أجل المرتب : لا يكون للموصى له الرجوع على التركة فى شىء(٣) .

ويلاحظ أن الوصية إذا كانت لمعين وقدرت مدتها بحياته ، أو لمعرفين بالوصف محصورين وقدرت بحياتهم : فإنه الحياة تقدر بتقدير أهل الخبرة « الأطباء » لها وتعتبر الوصية بعد ذلك التقدير معلومة المدة ، ومن ثم يقدر المرتب على أساسها ، أما إذا مات الموصى له قبل انتهاء المدة المعلومة — أو

---

(١) انظر : د . أحمد الغندور ، د . زكى الدين شعبان فى مؤلفهما المشترك : أحكام الوصية والميراث والوقف فى الشريعة الإسلامية صـ ١٧٨ ط مكتبة الفلاح بالكويت .

(٢) انظر . الشيخ / محمد أبو زهرة — شرح قانون الوصية صـ ١٧٩

(٣) انظر : د . الغندور ، د . زكى الدين شعبان — المصدر السابق — الموضع السابق .

المقدرة التي صارت كالمعلومة — فإن الباقي من الأموال المودعـة لتنفيذ الوصية بالمرتب يأخذه الورثة لأن الوصية تنتهي بالموت، حتى ولو لم تنتهي مدتها إلا إذا أوصى الموصى له الذى مات من بعده لغيره .

ويثور التساؤل بعد ذلك عن كيفية تقدير الوصية بالمرتب حتى يمكن إيداع مقاديرها لحساب الوصي له في البنك أو المصرف ؟.

وللإجابة عن ذلك نقول : إن الوصية بمرتب من رأس المال تقدر بقيمه التركة محملة وغير محملة(١) ، والفرق يكون هو قيمه المرتب .

وبذلك يستبين مدى دقه قواعد الفقه الإسلامي في تبيان قواعد استبدال الدخل الدائم بإرادة المدين إذا كان قد ترتب بمقتضى وصية .

أما إذا ترتب الدخل الدائم بمقتضى عقد هبة فإن قواعد الفقه الإسلامي لا تأبى على المدين بالدخل « الواهب » أن يستبدل ذلك الدخل عن طريق الرجوع في الهبة لأن ترتيب الدخل الدائم بمقتضى الهبة يكون في صورتي العمرى والرقبي وسواء أكان محل التصرف في العمرى هو رقبتها أم منفعتها على التفصيل السابق في موضعه(٢) .

بيد أن الرجوع في الهبة كان مثار خلاف بين الفقهاء يجمعه ثلاث إتجاهات :

الأول : وإليه ذهب الحنفية والإمام زيد(٣) فقالوا إن الرجوع

---

(١) انظر : الشيخ / أبو زهرة — السابق ص ١٩٠

(٢) انظر : فقرة ٣٤ من هذا البحث .

(٣) بدائع الصنائع جـ ٨ ص ٣٧٠٠ - ٣٣٢٨ هـ والدر المختار جـ٥ ص ٦٩٨ والبحر الزخار جـ٤ ص ١٤٠

فى الهبـــة بالإرادة المنفردة للواهب لا يجوز إلا إذا كانت من الوالد(١) .

أما إذا كانت الهبة لأجنبي فللواهب أيضا أن يرجع فى هبته ما لم يكن هناك مانع من موانع الرجوع فى الهبة(٢) ، إلا أن الرجوع لا يتم فى هذه الحالة إلا برضاء الموهوب له أو قضاء القاضى لعذر يقبله مع عدم وجود المانع .

الاتجاه الثانى : وإليه ذهب جمهور فقهاء المالكية(٣) ، والشافعية(٤) وإحدى الروايتين عن أحمد(٥) ، والشيعة(٦) ، إلى أنه لا يجوز الرجوع

(١) انظر فى تفصيل أدلة هذا الإتجاه : فتح القدير جـ ٧ ص ١٣٠ ، وبدائع الصنائع جـ ٨ ص ٣٦٩٩ ، ومجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٣٥٩ ، ونيل الأوطار جـ ٦ ص ١٣ ، وسبل السلام جـ ٣ ص ٩٣

(٢) موانع الرجوع عند الحنفية : ١ ـ إذا كانت الهبة بعوض وقبضه الواهب ٢ ـ إذا كانت الهبة لذوى الأرحام المحارم ٣ ـ صلة الزوجية ؛ فلا يصح الرجوع فى هبة الزوجين ٤ ـ الزيادة المتصلة فى الموهوب بفعل الموهوب له أو بفعل الغير ٥ ـ خروج الموهوب عن ملك الموهوب له بأى سبب كان كالبيع والهبة ٦ ـ إذا مات أحد العاقدين ٧ ـ هلاك الموهوب أو إستهلاكه .

(٣) حاشية الدسوقى فى جـ ٤ ص ١١٠ ، وبداية المجتهد جـ ٢ ص ٢٨٣

(٤) انظر : مغنى المحتاج جـ ٢ ص ٤٠١ والمهذب جـ ١ ص ٤٥٤

(٥) المغنى لإبن قدامة جـ ٦ ص ٢٧٠

(٦) البحر الزخار جـ ٦ ص ١٨١ ط ١٤٠٠ هـ — ١٩٨٠ م

فى الهبة إلا إذا كانت من الوالد لولده ؛ فإذا كانت كذلك جاز الرجوع فى الهبة بالإرادة المنفردة للواهب (١) .

الاتجاه الثالث : وهو ماذهب إليه الظاهرية(٢) ؛ والرواية الآخرى عن أحمد(٣) إلى أنه لايجوز الرجوع فى الهبة مطلقا سواء كانت لأجنبى أو لولد الواهب واستدلوا على ذلك بأدلة عديدة ؛ كاستدلال أصحاب الاتجاهين السابقين على ماذهبا إليه بأدلة كثيرة آثرنا عدم التعرض إليها لخروج ذلك عن نطاق البحث .

وبذلك يستبين أن الدخل الدائم إذا ترتب بمقتضى العمرى والرقبى باعتباهما ضربين من ضروب التبرع — يمكن استبداله طبقا لقواعد الرجوع فى الهبة على النحو السابق ذكره .

٦٢ — استبدال الدائم بإرادة المدين: تصرف من جانب واحد يجب أن يصل إلى علم الطرف الآخر :

استبدال الدخل الدائم بإرادة المدين : تصرف من جانب واحد فيجب أن يصل إلى علم الطرف الآخر ، وإلا استمر العقد منتجا لآثاره حتى يصل أمر الرغبه فى الاستبدال إلى المتعاقد الآخر . حتى لا يناله الضرر ، بدليل أن عزل الوكيل قصداً - أى بالإرادة المنفرده للموكل - يتوقف على علمه

---

(١) انظر فى أدلة هذا الاتجاة : حاشية الدسوقى ج ٤ ص ١١٠ ، وبداية المجتهد ج ٢ ص ٣٨٣ ، ومغنى المحتاج ج ٢ ص ٤٠١ ، والمغنى ج ٦ ص ٢٧٠ ، والبحر الزخار ج٤ ص ١٣٩ ،وصحيح البخارى ج ٣ ص ٢١٥ ، ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٠ .

(٢) المحلى لابن حزم ج ٩ ص ١٢٧ .

(٣) المغنى ج ٦ ص ٢٧٠ .

بالعزل(١) ، ويقاس على ذلك أمر الاستبدال بجامع أن كلا منهما يتم بالإرادة المنفردة لأحد العاقدين ، فالعلم بإنهاء العقد ـ أيا كان نوعه ـ أو تعديله بالإرادة المنفردة من أحد طرفيه أمر يجب إعلانه إلى الطرف الآخر حتى ينتج أثره ، وإلى هـــذا ذهب جمهور الحنفيه(٢) ، والمالكية(٣) ، والحنابلة(٤) ، بينما ذهب الشافعية فى قول لهم إلى جواز أن ينتج إنهاء العقد بالإرادة المنفردة أثره دون علم المتعاقد الآخر ، وذهبوا فى القول الآخر إلى موافقة جمهور المسلمين من حتمية العلم بإنهاء العقد حتى ينتج أثره(٥) . بيد أن الرأى الأولى بالقبول ـ فى هذا الشأن ـ فى رأى . هو ماذهب إليه الجمهور لأنه أدق وأكثر تحقيقا للعـــدالة ، إذ أن الشريعة الإسلامية كانت دائما عدل الله فى أرضه ، ولاعدل فى تحمل أمر لم يصل إلى مبلغ علم من يجب إعلانه بالأمر ،ولا أدل على ذلك من انتفاء مؤاخذة من لم يبلغه أمر الدعوة الإسلامية على يد الرسل الكرام ، حيث قال : عزوجل « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » (٦) .

---

(١) الفتاوى المهدية للشيخ / عبد الرحمن السويسى ص ٧٦ فتوى رقم ٤٣٣ ط ١٣١٨ هـ ، وأنظر فى هـــذا المعنى : الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٢٤٨ ، ٢٤٩ ، والشيخ / على الخفيف أحـــكام المعاملات الشرعية صـ ١٣٢ ، ١٣٣

(٢) أنظر الأشباه والنظائر لابن نجيم صـ٢٤٨

(٣) أنظر . بداية المجتهد جـ ٢ صـ٣٤٧

(٤) أنظر . القواعد لابن رجب ص ١١٥

(٥) أنظر . المهذب جـ ١ صـ ٣٦٤

(٦) سورة الإسراء آية ١٥ .

٦٣ — جواز اتفاق المتعاقدين على تقييد حق الاستبدال :

قد يثور التساؤل حول مدى حرية المتعاقدين فى عقد الدخل الدائم على الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال إلا بعد انقضاء مدة معينة مثلا ، فما مدى جواز هذا الاتفاق ؟ .

لاشك أن الإجابة على هذا التساؤل تحكمها نظرية « حرية الشروط[(١)] العقدية ومدى اعتبارها » .

وبعيداً عن بحث تفصيلات نظرية الشروط العقدية — لخروجها عن نطاق البحث — فقد استقر الفقه الحديث[(٢)] على أن :

(أ) هناك شروط تعتبر ميدانا لإرادة العاقدين أطلق فيه الشرع لإرادتهم سلطانها ضمن حدود حقوقهم فى أحكام والتزامات تثبت بالعقد مبدئيا ، ويعتبر العقد قائما على أساسها مالم يشترط خلافها .

(ب) هناك شروط ممنوعة شرعاً لا سلطان لإرادة العاقدين فيها لأنها تمس أحكاماً أساسية تعتبر من مقاصد الشريعة الإسلامية ونظامها العام .

---

(١) يعرف الشرط فى اللغة بعدة معان : منها إلزام الشىء والتزامه فى البيع ونحوه ، واصطلاحا هو الأمر الزائد عن ماهية الشىء وحقيقته الشرعية الذى يتوقف وجود الشىء على وجوده ، ويعدم بعدمه « انظر فى ذلك : التوضيح على التنقيح لعبد الله بن مسعود جـ ٢ ص ١٤٥ ، وحاشية ابن عابدين جـ ١ ص ٢٨١ .

(٢) انظر : د . مصطفى الزرقا ـ المصدر السابق ص ٤٧٢ ، ود . محمد سلام مدكور ـ المدخل للفقه الإسلامى ـ السابق ص ٦٣٩ ـ ٦٥١ ، د . زكى الدين شعبان ـ الشروط الشائعة والمعاملات ـ بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد عدد ٣ ، ٤ س ٢٥ ص ٣٤١ .

بيد أن اختلاف الفقهاء كان فيما يعتبر شرطا صحيحا أو غير صحيح تبعا لتفاوتهم فى فهم الحدود التى وضعها الشارع ؛ وهم فى هذا بين اتجاهين :

أولهما : فريق مضيق فى الشروط ، ويجعل الأصل فيها الحظر والتحريم فلا يباح منها إلا ماقام الدليل على صحته ، وهؤلاء هم الظاهرية(١) . ويجنح نحوهم الحنفية (٢) والشافعية (٣) والمالكية (٤) وبعض الحنابلة (٥) .

فيرى الظاهرية أن كل شرط وقع بين المتعاقدين ، كاشتراط عدم استبدال الدخل مدة معينة من الزمن كمدة حياة المدين - مثلا - يكون باطلا وأبطل العقد نفسه إلا شروطا سبعة هى .

١ - اشتراط الرهن فيما تبايعاه إلى أجل مسمى .

٢ - اشتراط تأخير الثمن إلى أجل مسمى إن كان دراهم أودنانير .

٣ - اشتراط آداء الثمن إلى الميسرة وإن لم يذكر أجلها .

٤ - اشتراط صفة فى البيع يتراضيان عليها ويتم البيع على أساس تلك الصفة .

---

(١) انظر : المحلى لابن حزم جـ ٨ صـ ٤٣١ حيث يقول « فلما كانت الشروط كلها باطلة غير ماذكر كان كل عقد من بيع أو غيره على شرط باطل ، باطل ولا بد . . . »

(٢) انظر : الهداية للميرغنانى جـ ٣ صـ ٣٩، والمبسوط جـ ١٣ صـ ١٤ - ٢٨ وفتح القدير جـ صـ ٢١٥ ، الزيلعى جـ ٤ صـ ٥٧ ، ٥٩ .

(٣) انظر نهاية المحتاج جـ ٣ صـ ٥٨ ، ٥٩ .

(٤) راجع بداية المجتهد جـ ٢ صـ ١٣١ ، وحاشية الخرشى على خليل جـ ٥ صـ ٨٠ .

(٥) انظر : كشاف القناع جـ٢ صـ٤٠

٥ - اشتراط ألا خلابة .

٦ - بيع أصول نخل فيها ثمرة قد أبرت قبل الطيب أو بعده .

٧ - اشترط المشترى مال العبد أو الأمة سواء أكان كله أو بعضه معلوماً أو مجهولا مسمى معينا أو مشاعاً(١) .

واستدل الظاهرية على ماذهبوا إليه بأدلة عديدة ليس هذا مجالها ، إلا أننا نرى أن اشتراط تأخير الثمن - فى عقد البيع - إلى أجل مسمى إن كان دراهم أو دنانير - هو بمثابة اتفاق المتعاقدين على تقييد حق استبدال الدخل الدائم إذا كان مصدره عقد البيع ، وإذا كان الحنفيــــة والشافعية يتجهون إلى قاعدة أن الأصل فى الشروط والعقود الحظر لا الإباحة إلا أن لهم من مصادرهم العديدة وأخـــذ بعضهم بالقياس والاستحسان ، والاستصلاح والعرف خاصة مما يجعل فى حظرهم إباحة وفى تضييقهم سعة(٢) ، بل إن المالكية وجمهور الحنابلة (٣) أقرب فى الواقع إلى قاعدة حرية الشروط العقدية من منطلق أخذهم بالمصالح المرسلة ، وقد كان الحنفية أكثر فقهاء هذا الاتجاه وضوحا حين قسموا الشروط العقدية إلى :

---

(١) المحلى جـ ٨ ص ٤١٢ - المسألة رقم ١٤٤٥ .

(٢) د . محمد سلام مدكور - السابق ص ٦٤٧ ، وقارن الزرقا - السابق ص ٤٦٦ - ٥١٤ .

(٣) انظر بداية المجتهد - السابق - الموضع السابق ، ومواهب الجليل للحطاب جـ ٤ ص ٣٧٥ ، وكشاف القناع جـ ٢ ص ٤٠ ط ١٣٢٩ هـ .

(أ) شروط صحيحة : وهى الشروط التى تكون موافقة لمقتضى العقد أو مؤكدة لهذا المقتضى ، أو وردت بها نصوص رغم مخالفتها لمقتضى العقد أو شروطا جرى بها العرف(١) .

(ب) وشروط باطلة : وهى كل شرط ليس صحيحا ويحقق منفعة لأحد المتعاقدين وكان فى عقد من عقود المعاوضات المالية ولم يكن متعارفا عليه ، لأن اشتراط مثل هذا الشرط فى العقد يقابله شىء فى الثمن ويكون له دخل فى الموازنة مما يترتب عليه تزعزع الرضـــا فى نفس من كان الشرط لصالحه(٢) .

ونحن نرى أن اتفاق المتعاقدين على تقييد حق الاستبدال فترة زمنية معينة يدخل فى دائرة الاتفاق على شرط ملائم لعقد الدخل الدائم وجرى به عرف من يتعاملون بمثل هذا العقد ، بل لانغالى إذا قلنا أن مثل هذا الاتفاق يدخل فى نطاق الشرط الذى يقتضيه عقد الدخل الدائم لأن مهمة هذا الشرط أنه يظهر أثر عقد الدخل الدائم وهو أن يظل الدائن بالدخل ضامنا لترتيب مورد مالى له فترة زمنية معنية ، وهو الغرض الأساسى من عقد الدخل الدائم .

ثانيهما : فريق يوسع فى الشروط العقدية ويجيزون كل الشروط التى يتراضيانها العاقدان مادام لم يرد عن الشارع نهى عنها ، سواء أقام الدليل على اعتبارها ، أم كان مسكوتا عنها حتى لو خالفت مقتضى العقد ، ويمثل

---

(١) انظر فى ذلك : مواهب الجليل جـ ٤ ص ٣٧٥ ط ١٣٢٩ هـ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٢١٤ ، وتبين الحقائق — جـ ٤ ص ٥٨ .

(٢) راجع المبسوط للسرخسى جـ ١٣ ص ١٤ ، وتبيين الحقائق للزيلعى جـ ٤ ص ١٢٣ .

هذا الاتجاه فى أوسع مداه ابن تيمية وابن القيم الجوزية من الحنابلة(١) ، واستدلوا على ماذهبوا إليه بأدلة عديدة ليس هذا مجال سردها(٢) .

ووفقا لهذا الاتجاه : فإن اتفاق المتعاقدين على تقييد حق استبدال الدخل الدائم أمر جائز طالما كان مستحق الدخل حيا - مثلا - وبهذا الشرط يصبح المدين بالدخل مقيداً بعدم جواز طلب الاستبدال طوال حياة الدائن ، ويلتزم بأقساط الدخل مادام المدين حيا ، فإذا مات المدين عاد للدائن حقه فى طلب الاستبدال فى أى وقت شاء ، وماذلك إلا لأن هذا الشرط ، قد تم بتراضى العاقد ، ولم يرد نهى من الشارع عنه .

وبذلك يستبين جواز اتفاق المتعاقدين على تقييد حق الاستبدال فى كل من اتجاهى الفقه الإسلامى المضيق للشروط العقدية ، والموسع فيها طالما تم ترتيب الدخل الدائم فى نطاق المشروعية السابق بيان أحكامها فى الفصل السابق ، ويعتبر هذا الاتفاق بمثابة شرط « تقييدى صحيح » ويلزم الوفاء بما أوجبه الشرط من التزامات(٣) .

٦٤ — متى يجوز استبدال الدخل الدائم جبراً عن المدين:

يجوز استبدال الدخل الدائم جبراً عن المدين إذا أخل بالتزامه، ويتمثل الإخلال بالالتزام فى عدم دفع الدخل المستحق للدائن فى ميعاده ، أو فى

---

(١) فتاوى ابن تيمية جـ٣ ص ٣٢٣ ، وأعلام الموقعين لابن القيم جـ٣ ٣٣٦ — ٣٤٤ ط المنيريه .

(٢) فتاوى ابن تيمية — الموضع السابق .

(٣) انظر فى هذا المعنى — المدخل الفقهى العام للدكتور / مصطفى الزرقان السابق ص ٥١٤ .

عدم دفعه بأوصافه المتفق عليها ، وذلك احتراما لقاعدة « العقـــد شريعة المتعاقدين » ، إذ أن هذا الإخلال بالتزامات المدين بالدخل يؤدى إلى تخلف فكرة « المقصود من العقد » حيث ذكر الفقهاء — مثـلا — إن « الإجارة تفسخ لوقوع اليأس من استيفاء المعقود عليه »(١) .

فإذا أخل المدين بالتزامه بأن تأخر فى دفع أقساط الدخل بعد إعذاره أو أفلس ، أو أعسر ، أجـــبر على الاستبدال — أى رد رأس المال وذلك بأن يطلب الدائن فسخ عقد الدخل الدائم لعدم استطاعة المدين تنفيذ التزامه طبقا لفكرة تقابل الالتزامات فى العقود الملزمة ، إذ « أن المتعاقد لا يقتصر حقه على شروط الاتفاق ، بل ويتعداه إلى واقعة الوفاء بما وعده به الطرف الآخر » «٢» وذلك لفقدان العدالة بين الالتزامات المتقابلة عند الإخـلال بالشرط الصحيح الذى ترتب بمقتضاه الدخل الدائم .

٦٥ — كيفيـة استبدال الدخل الدائم :

سبق أن ذكرنا أن استبدال الدخل الدائم يعنى رد رأس المال إلى الدائن وسواء أتم الاستبدال بإرادة المدين أم جبراً عنه ، وفقا لقواعد الاستبدال السابق بيان أحكامها فى البندين السابقين » .

بيد أن طريقة الاستبدال تختلف باختلاف طريقة ترتيب الدخل ذاته :

---

(١) بدائع الصنائع حـ ٤ ص ٢٢٣ ط ١٣٢٨ هـ ، وانظر فى هذا المعنى المحلى جـ٨ ص ١٨٧ مسألة رقم ١٢٩٣ .

(٢) د حسن الزنون — النظرية العامة للفسخ فى الفقـــه الإسلامى والقانون المدنى ط ١٩٤٦ ص ٧٣ ، ٧٤ .

(ا) فإذا ترتب الدخل بمقتضى عقد معاوضة « عقد بيع » فهذا يعنى أن رأس المال عبارة عن ثمن المبيع ، وهو محدد سلفا ، ومن ثم كان هذا الثمن هو الواجب رده ، ويستطيع المشترى أن يرجع على البائع بما دفع من أقساط (١).

(ب) أما إذا ترتب الدخل بمقتضى عقد تبرع كما لو ترتب بموجب عقد هبة فان المبلغ الواجب الرد هو المبلغ الذى دفعه الواهب طبقا لقواعد الرجوع فى الهبة ومدى جوازه من عدمه وفقا لآراء العلماء فى هذا الشأن والسابق بيان أحكامها فى موضعه (٢) .

---

(١) انظر حاشية ابن عابدين جـ ٥ صـ ١٥٧ .

(٢) انظر : بند ٦٢ من هذا البحث .

المبحث الثانى

أحكام استبدل الدخل الدائم فى القانون المدنى

٦٦ — استبدال الدخل شرط أساسى فى عقد الدخل الدائم . —
يتميز الدخل الدائم من بين سائر العقود — كما سبق أن أشرنا(١) بخصيصيتن .

الأولى : أن المستحق للدخل لا يستطيع أن يطالب المدين برأس المال مادام يستوفى الدخل فى معياده .

الثانية : أن المدين يستطيع أن يرد رأس المال فيتخلص من آداء الدخل (٢)

وعلى ذلك فالدخل الدائم قابل للاستبدال متى شاء المدين ، بيد أن المدين لايجبر على الاستبدال إلا فى أحوال معينة ، فإذا وجدت حالة من من أحوال الاستبدال ؛ فإن الاستبدال يتم وفقا لقواعد الاستبدال المقررة قانوناً (٣)

فجواز رد المدين لرأس المال هـو شرط أساسى فى عقد الدخل الدائم « وهو للذى يمنع من أن يوجـــد التزام مؤبد » (٤) ؛ ومن ثم لايجوز الاتفاق بين الدائن بالدخل وبين المدين به على عدم جواز الرد ، لأن هذا الاتفاق — لووجد — كان مخالفا النظام العام .

---

(١) انظر فقرة ٢٤ من هذا البحث:
(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ صـ٤٣٠.
(٣) السنهورى — المصدر السابق صـ ٤٩٢.
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية جـ٤ صـ ٤٣٥.

ومضمون الاستبدال : هورد رأس المال (١) من قبل المدين بالدخل الدائم فيتخلص بذلك من آداء الدخل بشروط مخصوصة

والحديث عن استبدال الدخل الدائم يقتضى معالجة أمرين :

أولهما : أحوال الاستبدال « بادارة المدين أم جبراً عنه » .

ثانيهما : كيفية استبدال الدخل الدائم .

وعلى ذلك فستقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : وفيه نعالج أحوال استبدال الدخل الدائم

المطلب الثانى : وفيه نعالج كيفية استبدال الدخل الدائم

---

(١) انظر فى هذا المعنى : د محمد كامل مرسى - المصدر السابق ص ٤١٠ ، والسنهورى - السابق ص ٤٩٢ ، د . محمود جمال الدين زكى المصدر السابق - ص ٢٢٩ ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٢٣٥

المطلب الأول

أحوال استبدال الدخل الدائم

٦٧ — تمهيد وتوضيح : —

الدخل الدائم قابل للاستبدال كقاعدة عامة — كما ذكرنا سابقا — ولهذه القاعدة معينان : —

أولهما : أن المدين يستطيع استبدال الدخل متى شاء .

ثانيهما : أن المدين يستطيع أن يستبقى الدخل الدائم فى ذمته ، فلا يجبر على الاستبدال طالما كان مستمراً فى دفع أقساط الدخل الدائم (١)

بيد أن المدين قد يجبر على استبدال الدخل فى أحوال معينة ورد ذكرها تفصيلا فى التقنين المدنى .

وعلى ذلك فإن الاستبدال قد يتم بإرادة المدين ، وهذا هو الأصل ، وقد يتم جبراً عنه ، وهذا هو الاستثناء ، وإذا لم يتم الاستبدال جبراً أو اختياراً بقى الدخل الدائم قائما إلى غير أجل .

وترتيبا على ما تقدم فسنعالج حالتى الاستبدال السابقتين فى فرعين .

الفرع الأول : الاستبدال بإرادة المدين

الفرع الثانى الاستبدل رغم إرادة المدين

---

(١) انظر : السنهورى — السابق الموضع السابق .

الفرع الأول

استبدال الدخل الدائم بإرادة المدين

٦٨ — النص القانونى :

نظمت المادة ٥٤٦ من التقنين المدنى المصرى أحكام استبدال الدخل الدائم وفقا لرغبة المدين فقالت :

« ١ — يشترط فى الدخل الدائم أن يكون قابل للاستبدال فى أى وقت شاء المدين ، ويقع باطلا كل اتفاق يقضى بغير ذلك .

٢ — غير أنه يجوز ألا يحصل الاستبدال مادام مستحق الدخل حياً ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لايجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة .

٣ — وفى كل حال لايجوز استعمال حق الاستبدال إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك ، وانقضاء سنة على هذا الإعلان »(١) .

ولم يرد فى التقنين السابق مقابل لهذا النص ، إلا أن التقنين السابق كان

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى: فى التقنين المدنى الليبى م ٥٤٥ ، وفى التقنين المدنى السورى م ٥١٤ ، وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٩٥ علما بأن التقنين الأخير يختلف عن التقنين المصرى فى أن الدخل الدائم فى التقنين العراقى لا يكون فى الأصل قابلا للاستبدال إلا بعد انقضاء خمس عشرة سنة ، إلا إذا اتفق على مدة أقل أو أكثر أو طول حياة الدائن (راجع فى ذلك د. حسن الزنون — المصدر السابق فقرة ٢٣٦) وانظر فى تاريخ نص المادة ٥٤٦ من التقنين المدنى المصرى — الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٣١ ، ٤٣٢ .

يجعل للمدين بالدخل حق رد رأس المال فى أى وقت شاء ، دون أن يجبر على ذلك إلا فى أحوال معينة ، وجاء التقنين الحالى لينظم استعمال حق الاستبدال ، ويجيز الاتفاق على تأخير استعمال هذا الحق إلى مدى معين ، علما بأن تاريخ التصرف القانونى الذى رتب الدخل هو المناط ، فإن كان سابقا على ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هى التى تسرى ، وإلا فأحكام التقنين السابق(١) .

٦٩ — يجوز للمدين أن يرد رأس المال إلى الدائن فى أى وقت شاء :

الأصل فى الدخل الدائم أن يكون قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين(٢)، وبذلك يسقط عنه واجب دفع المرتب(٣) ، كما تقضى بذلك المادة ٥٤٦ مدنى مصرى التى تضمنت مبدءاً عاماً ينطبق على الدخل الدائم ، أياً كان نوع التصرف الذى أنشأه ، فمكنة الاستبدال مقررة للمدين سواء تلقى الدخل بمقابل ، أو على سبيل التبرع(٤) ، وبذلك انحسم الخلاف القائم فى الفقه الفرنسى حول تحديد مواضع استبدال الدخل الدائم ، حيث يرى البعض(٥) عدم جواز الدخل الدائم إذا كان قد تقرر بلا مقابل

(١) د . عبد الرازق السنهورى — السابق ص ٤٩٣ وانظر هامش (٢) بذات الصحيفة .

(٢) السنهورى — السابق ص ٤٩٤ .

(٣) د . محمد كامل مرسى — السابق ص ٤٠٤ .

(٤) د . محمود جمال الدين زكى — المصدر السابق ص ٢٣٠ ، وكامل مرسى السابق - الموضع السابق ، والسنهورى - السابق - الموضع السابق .

(٥) انظر :

Baubry — lacantinerie et Wahl,de la sociétê du Prét du Depôt 3ê

(تبرعا) ، بينما يرى البعض الآخر(١) جواز استبدال الدخل سواء كان التصرف الذى أنشأه بمقابل أوبدون مقابل ، وقد رجح القضاء الفرنسى(٢) رأى من ذهبوا إلى إمكان استبدال الدخل الدائم سواء تقرر بمقابل أو بدون مقابل ، كما هو الشأن فى القانون المصرى .

وترجع علة مكنة الاستبدال المقررة للمدين - سواء كان قد تلقى الدخل بمقابل أم على وجه التبرع . إلى أنه لما كان عقد الدخل الدائم من العقود المؤبدة ، أى أن المدين يلتزم فيه بدفع مرتبات فى أوقات معينة بصفة مؤبدة ، رأى المشرع الوضعى أن يجيز للمدين أن يتخلص من هذا العبء الثقيل إذا قام برد رأس المال فى أى وقت أراد(٣) .

وإذا كان المدين أن يرد رأس المال إلى الدائن فى أى وقت شاء على النحو السابق ، فإن حق الرد مقرر أيضاً لورثته ، بل ولكل من له مصلحة فى الرد ممن يكونون ملتزمين بالمرتب ، إما شخصيا أو بسبب أموالهم ، مثل كفلاء المدين ، وأصحاب الأعيان المرهونة لوفاء المرتبات ، ودائن المدين إذا كان مرتهنا ومتأخرا فى المرتبة عن الدائن بالإيراد(٤) .

ويستبين مما تقدم أن قابلية الدخل الدائم للاستبدال قاعدة لا يجوز

---

(١) وانظر لويس (loyens)تعليق فى دالوز ١٧٩٧ - ٢ - ٢٧٥

(٢) استئناف باريس ١٩ فبراير ١٨٨٤ - داللوز ١٨٨٥ - ٢ - ٤١ ،
وانظر : استئناف باريس فى ٣ مارس ١٨٩٦ - داللوز ١٨٩٧ - ٢ - ٢٥٧

(٣) د . محمد كامل مرسى - المرجع السابق - الوضع السابق .
وانظر :
(2) C' roadmoulin : traitè elêmentairte de droit civil (indigène) et mixte. t 3. n. 824

(٤) موسوعات داللوز - ترتيب الإيرادات - نبذة ١١٨

الاتفاق على مايخالفها ، وإلا كان التزام المدين بالدخل التزاما مؤبداً ، ومخالفا بالتالى للنظام العام(١) .

ويترتب على ذلك أنه إذا اشترط الدائن على المدين ، أو اشترط المدين على نفسه ألا يطلب الاستبدال أبداً فى أى وقت « فإن هذا الشرط يكون باطلا لمخالفته للنظام العام ، ويبقى الدخل الدائم بالرغم من هذا الشرط قابلا للاستبدال فى أى وقت شاء المدين »(٢) .

بيد أن غل يد المدين من مكنة الاستبدال هو الذى يمس النظام العام إذ ليس ثمة مايمنع العاقدين من تقييد هذا الحق ، ومنع المدين من استعماله فترة معينة ، أو مراعاة لمصلحة الدائن ، وهو ماتتحدث عنه فى البند التالى :

٧٠ — جواز اتفاق المتعاقدين على تقييد حق الاستبدال :

تنص الفقرة الثانية من المادة ٥٤٦ من التقنين المدنى المصرى على أنه « يجوز الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال مادام مستحق الدخل حيا ، أو على ألا يحصل قبل انقضاء مدة لايجوز أن تزيد على خمس عشرة سنة » .

« ويتضح من النص السابق أن المتعاقدين يجوز لهما الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال طالما كان مستحق الدخل حيا ، ولا شك أن هذا

(١) انظر : د . محمد على عرفة ـ التقنين المدنى الجديد ـ الطبعة الثانية ١٩٥٥ ص ٣٩٨ ، د . جمال زكى ـ المرجع السابق ص ٢٣٠ ، وانظر المادة ٥٤٦/١ مدنى مصرى .

(٢) د . عبد الرزاق السنهورى ـ المصدر السابق ص ٤٩٥ ، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ ص ٤٣٥

الاتفاق يعد بمثابة شرط لمصلحة الدائن بالدخل حتى يطمئن إلى مورد يتعيش منه طول حياته ، فإذا تم هذا الاتفاق . أصبح المدين مقيداً بعدم جواز طلب الاستبدال طول حياة الدائن ومن ثم التزم بأداء أقساط الدخل مادام المدين حيا ، فإذا مات الدائن ، عاد للمدين حقه فى طلب الاستبدال فى أى وقت أراد(١)

كما يجوز للمتعاقدين الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال قبل انقضاء مدة معينة بشرط ألا تزيد تلك المدة على خمس عشرة سنة ، فإن زادت عن ذلك وجب انقاصها إلى خمس عشرة سنة ويترتب على ذلك نتيجة هامة هى :

أنه لا يترتب على مخالفة المادة ٥٤٦ بطلان التصرف برمته « بل يبطل البند الذى يحرم الدين من حقه فى الاستبدال(٢) . ويبقى التصرف قائماً فيما عداه وكذلك الحال إذا حدد الحرمان مدة أطول مما أجازه القانون [خمس عشرة سنة]، فينحصر الجزاء فى انقاص هذه المدة إلى الحد الأقصى المقرر فى تلك المادة »(٣)

وإذا تم الاتفاق على ألا يحصل الاستبدال خلال مدة معينة « خمس سنوات مثلا » أصبح المدين - بمقتضى هذا الاتفاق - مقيدا بعدم جواز طلب الاستبدال طول تلك المدة(٤) ، حتى ولو مات الدائن قبل انقضاء المدة المتفق عليها حيث يبقى الدخل غير قابل للاستبدال بعد موت الدائن

---

(١) السنهورى - السابق الموضع السابق ، وانظر د محمد على عرفه . السابق ص ٣٩٨

(٢) وذلك إذا كان اتفاق المتعاقدين منصبا على حرمان المدين من مكنة الاستبدال بصفة مطلقة .

(٣) د . محمود جمال الدين زكى ، المصدر السابق ص ٢٣٠

(٤) انظر : المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٣٥

وينتقل الدخل إلى ورثته إلى أن تنقضى المدة المتفق عليها ، فإذا انقضت عاد للمدين ـ أو ورثته إذا كان قد مات خلالها ـ حقه فى طلب الاستبدال دون أن يجبر على ذلك(١) إلا إذا توافرت إحدى حالات الاستبدال الجبرى الآتى بيانها فى المطلب القادم .

ويرى بعض الفقه المصرى(٢) — بحق — أنه يجوز الاتفاق على الجمع بين الأمرين. فيشترط ألا يحصل الاستبدال مدة حياة الدائن صاحب الدخل ، وقبل أن تنقضى خمس عشرة سنة(٣) وفى هذه الحالة لا يجوز للمدين بالدخل أن يطلب الاستبدال إلا بعد وفاة الدائن أو انقضاء خمس عشرة سنة ، أى المدين أطول لأن هذا الاتفاق إنما يتمخض عن شرط لمصلحة الدائن فوجب اعتباره بأى المدتين أطول .

٧١ — كيفية استعمال المدين بالدخل لحق الاستبدال :

تنص المادة ٥٤٦ / ٣ من التقنين المدنى المصرى على أنه « فى كل حال لا يجوز استعمال حق الاستبدال إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك ، وانقضاء سنة على هذا الإعلان » .

---

(١) انظر مجموعة الأعمال التحضيرية جـ ٤ صـ ٤٣٥

(٢) السنهورى السابق — صـ ٤٩٦

(٣) يلاحظ أن القانون الفرنسى يقرر فى المادة ١٩١١ / ٢ أنه يجوز للعاقدين أن يتفقا على أن رد رأس المال لا يحصل قبل مدة معينة لا يمكن أن يزيد على عشر سنين أو بغير إخبار الدائن مقدما فى المدة التى يعينانها فإذا زادت المدة التى يتفق عليها على عشر سنين اعتبر الاتفاق صحيحاً عن عشر سنين فقط ؛ بودرى لاكنترى وفاهل — السابق — فقرة ٩٧٩ .

ويبين من هذا النص أن القانون قد نظم استعمال مكنة الاستبدال ، فأوجب لاستعمال مكنة الاستبدال توافر شرطين :

أولهما : أن يعلن المدين رغبتــه فى الاستبدال إلى الدائن بالدخل ، ولا يخضع هذا الإعلان إلا للقواعد العامة فى إثبات التصرفات القانونية(١) فلم يشترط القانون فيه شكلا خاصا ، ومن ثم يصح أن يكون بانذار رسمى ويصح أن يكون بخطاب مصحوب بعلم الوصول ، أوغير مسجل ، ويصح أن يكون شفويا ، إلا أن عبء ، الإثبات يقع على المدين ، ولذلك يحسن أن يكون الإعلان بكتاب مسجل .

ثانيهما : أن تنقضى سنة على الإعلان المتقــدم الذكر إلى الدائن ، «ولعل الشارع قد أراد بهذا الأجل «إعطاء الدائن فسحة من الوقت للتدبر فى استثمار رأس ماله »(٢) ، فإذا انقضت السنة تم الاستبدال بمقتضى قواعد الاستبدال ،

ويستنتج بعض الفقه(٣) أن ظاهر الأحوال يقضى بأن المدين يستطيع بعد إعلان رغبته فى الاستبدال وانقضاء سنة على إعلان هذه الرغبة ، أن ينزل عن حقه فى الاستبدال ، وأن يستمر فى آداء أقساط الدخل فى مواعيدها طالما لم يظهر الدائن بعد إعلانه بالرغبة فى الاستبدال قبوله لهذه الرغبة ، إذ يتم فى هذه الحالة اتفاق بين الدائن والمدين على الاستبدال ، أى أن رجوع المدين بإرادته المنفردة فى هذا الاتفاق لا تجوز ما لم يقبل الدائن هذا الرجوع ، والظاهر أيضا أن المدين إذا كان مقيداً بألا يطلب الاستبدال مدة معينة

---

(١) انظر : جمال زكى — المرجع السابق ص ٢٣١ .

(٢) د . جمال زكى — المصدر السابق — الموضع السابق .

(٣) السنهورى — السابق ص ٤٩٧ .

عشر سنوات مثلا ، يستطيع أن يعلن الدائن برغبته فى الاستبدال قبل انقضاء المدة المتفق عليها بسنة حتى يتمكن من الاستبدال بمجرد انقضاء المدة المتفق عليها ، فيستطيع — أن يعلن رغبته فى الاستبدال فى نهاية السنة التاسعة ، حتى إذا انقضت السنوات العشر تكون سنة قد انقضت من وقت إعلان الرغبة فى الاستبدال ، ويتمكن المدين بذلك من الاستبدال بمجرد انقضاء السنوات العشر.

الفرع الثانى

استبدال الدخل الدائم جبراً عن المدين

٧٢ — النصوص القانونية :

تنص المادة ٥٤٧ من التقنين المدنى المصرى على أنه .

« يجبر المدين على الاستبدال فى الأحوال الآتية :

(ا) إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين ، رغم إعذاره .

(ب) إذا قصر فى تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات ، أو إذا انعدمت التأمينات ولم يقدم بديلا عنها .

(ج) إذا أفلس أو أعسر(١) ».

---

(١) يقابل هذا النص فى التقنين السابق المادة ٤٧٩ فقرة ٢/٥٨٥ ومع ذلك يجوز للمقرض أن يستحصل على حكم برد رأس ماله إذا لم يوف المقترض بما التزم به أو إذا امتنع عن آداء التأمينات المشترطة ، أو أعدمها أو وقع فى حالة إفلاس.

ويتضح مما تقدم أن أحكام التقنين السابق تتفق فى مجملها مع أحكام=

ويقابل هذا النص فى التقنينات المدنية العربية الأخرى : فى التقنين المدنى السورى م ٥١٥ (١) ، وفى التقنين المدنى الليبى م ٥٤٦ (٢) ، وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٩٦ (٣) .

ويستبين من النص السابق أن الدائن ذاته يجـــوز له أن يطالب

= التقنين الجديد ، عدا أن التقنين السابق لايشترط تأخر المدين فى الدفع سنتين متواليتين ، بل كان تأخره فى الدفع ولو أقل من ذلك يكون محل تقدير القاضى وفقا للقواعد المقررة فى الفسخ ، والعبرة بتاريخ تمام الدخل الدائم ، فإذا كان هذا التاريخ قبل ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ فأحكام التقنين السابق هى التى تسرى . وإلا فأحكام التقنين الجديد » انظر : السنهورى — السابق هامش ٢ ص ٤٩٨ » .

(١) مطابق .

(٢) مطابق .

(٣) موافقه ، حيث تنص المـــادة ٦٩٦ من القانون العراقى الجديد على أنه :

« ليس للدائن طلب الوفاء بالعوض الذى دفعه لتأسيس الإيراد إلا فى الأحوال الآتية :

ا — إذا لم يدفع الدخل سنتين متواليتين رغم إنذاره .

ب — إذا قصر المدين فى تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات أو إذا انعدمت التأمينات كلا أو بعضا ولم يقدم بديلا عنها .

ج — إذا أفلس المدين أو أعسر »

الاستبدال فى حالات ثلاث حتى ولو لم يطلب المدين ذلك ! ومن ثم يكون الاستبدال فى هذه الحالات الثلاث بإرادة الدائن وحده وجبراً عن المدين .

وسنعالج حالات استبدال الدخل الدائم الثلاث جبراً عن المدين فى الفقرات التالية :

٧٣ — الحالة الأولى :

إذا لم يقم المدين بدفع الدخل ستين متواليتين رغم إعذاره :

يجبر المدين على الإستبدال — رد رأس المال — إذا أخل بالتزامه ، ويتمثل الإخلال بالالتزام فى تأخره فى دفع أقساط الدخل سنتين متواليتين بعد إعذاره بالدفع من قبل الدائن ، فلم يدفع بالرغم من ذلك الإعذار ، وبذلك يستطيع الدائن أن يطلب فسخ عقد الدخل الدائم(١) .

وقد تفادى المشرع المصرى فى النص المذكور [م ٥٤٧] العيوب التى اعتورت المادة ١٩١٢ مدنى فرنسى(٢) .

وتوقى بذلك الخلافات التى ثارت بمناسبة تفسيرها من وجوب أن تكون

---

(١) السنهورى — المصدره السابق ص٤٩٩ ، وانظر . د جمال زكى — المصدر السابق — ص ٢٣١ ، د . محمد على عرفة — السابق ص ٣٩٨ ، د محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٤٠٧ .

(٢) أنظر فى تفسير المادة ١٩١٢ فرنسى .
Jacob, De prêt de consammation en droit français. these . paris 1901. n. 99 et. 100 - et 100 et lorent, principes de droit civil francais. t. 27 n, 18. ets.

السنتان متواليتين أو عدم وجوبه ، ومن ضرورة إعذار المدين أو عدم إعذاره »(١) .

وعلى ذلك يجوز للدائن أن يطلب فسخ الدخل الدائم إذا تأخر المدين عن دفع الدخل سنتين متواليتين ، فلو تأخر فى الدفع مدة أقل من السنتين؛ لم يجز للدائن طلب الفسخ ، ولكن يجوز له إجبار المدين على دفع المتأخر ، على أن يلاحظ أن هذا الحكم ليس من النظام العام ، فيجوز الاتفاق على أن التأخر سنه ؛ أو عشرين شهر — مثلا — عن دفع الأقساط يكفى للفسخ ، كما يجوز الإتفاق على أن الفسخ لا يكون إلا إذا تأخر المدين عن الدفع ثلاث سنين أو أكثر من ذلك(٢) .

كذلك لا يجوز للدائن طلب الفسخ إذا تأخر المدين فى دفع أقساط الدخل سنتين غير متواليتين ، أو إذا تأخر مدة أكثر من سنتين ليس فيها سنتين متواليتين : مثال ذلك أن يتأخر المدين فى الدفع سنة ، ثم يدفع السنة التالية ، ويقبل الدائن من المدين هذا الدفع ، ثم يتقاعس عن الدفع فى السنة الثالثة ، فهنا لا يستطيع الدائن طلب الفسخ لأن تأخر المدين فى الدفع ليس فى سنتين متواليتين ، فإذا دفع المدين عن السنة الرابعة وقبل منه الدائن هذا الدفع ، وتأخر عن الدفع فى السنة الخامسة ، فيكون قد تأخر فى الدفع ثلاث سنوات ليس من بينها سنتين متواليتين ، ومن ثم لا يجوز للدائن طلب الفسخ وليس له إلا إجبار المدين على دفع المتأخر(٣) .

---

(١) د. جمال زكى — المرجع السابق — الموضع السابق

Baudry Iancantinerie et Wahl ‘ de Ia Sociètè ‘du prêt du dêpôt, T.23 n.990

(٣) أنظر : د. عبد الرزاق السنهورى — المصدر السابق ص ٥٠٠

كما يراعى أن بعض ورثة المدين إذا كان هو المتأخر فى الوفاء بأقساط الدخل ترفع الدعوى بالمطالبة برد رأس المال على الورثة المتأخرين وحدهم، وتكون المطالبة مقصورة على ما خصهم فى الأصل ، أما غير المتأخرين فى دفع الأقساط فلا يجبرون على رد الأصل(١) .

٧٤ — الحالة الثانية للاستبدال جبراً عن المدين :

إذا قصر المدين فى تقديم التأمينات أو نعدمت هذه التأمينات ولم يقدم بديلا عنها :

وقد نصت على حكم هذه الحالة المادة ٢/٥٤٧ من التقنين المدنى المصرى بقولها « إذا قصر — المدين — فى تقديم ما وعد به الدائن من تأمينات ، أو إذا انعدمت التأمينات ولم يقدم بديلا عنها » .

ويبين من نص هذه الفقرة أن المدين إذا وعد بتأمينات ولم يقدمها ؛ أو انعدمت التأمينات التى قدمها كلها أو بعضها ولم يقدم بديلا عما انعدم ، كان للدائن أن يجبر المدين على الاستبدال ، فيسترد منه رأس المال(٢) ، وذلك عن طريق سقوط الأجل وليس عن طريق فسخ الدخل الدائم(٣)، وبذلك لا يحتاج الدائن إلى طلب حكم بالفسخ ، ولا يجوز للقاضى منح

---

(١) راجع :

Baudry - Iacantinerie et WahI op· cet n. 916.

(٢) راجع فى ذلك : السنهورى ـ السابق ـ الموضع السابق

(٣) أنظر : د. جمال زكى — المرجع السابق ص ٢٣١ ، د . محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٤٠٧

المدين نظرة الميسرة إذا ما طلب الدائن من القاضى تقرير سقوط الأجل، ومرجع جبر المدين على الاستبدال هنا عن طريق سقوط الأجل مرده أن الأجل يسقط إذا لم يقدم المدين ما وعد به من تأمينات، أو إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، حتى ولو كان التأمين قد أعطى بمقتضى عقد لاحق أو بمقتضى القانون ؛ وذلك ما لم يؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين(١)، أما إذا كان إضعاف التأمينات «يرجع لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فيكون الخيار له لا للدائن، ويجب أن تفهم التأمينات أيضاً على أنها تشمل كل تأمين خاص ولو أعطى بعقد لاحق أو بمقتضى القانون أو بحكم القضاء»(٢).

«وبذلك يكون المشرع الوضعى المصرى قد انتصر لرأى لوران الذى نادى بأن الاستبدال المقرر فى المادتين ١٩١٢، ١٩١٣ مدنى فرنسى للحالات التى يكون فيها المدين غـير مريد أو غير قادر على النهوض بالتزاماته الخاصة بسقوط الأجل على خلاف مذهب بعض الفقهاء الذين رأوا فيها تطبيقا للمادة ١١٨٤ التى وضعت مبدأ الفسخ فى العقود الملزمة للجانبين، وفرع على هـذا أن يتحقق الاستبدال دون حاجة إلى تدخل القاضى، وأن يمتنع على هذا الأخير، إذا عرض عليه أمره أن يمنح المدين

---

(١) أنظر: السنهورى — السابق — الموضع السابق، د. محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص ٤٠٨، وانظر: مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٣٦

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٣٦

نظرة الميسرة »(١) ويرى بعض الفقه(٢) — بحق وجوب — إمتداد هذا الحكم إلى جميع حالات استبدال الدخل الدائم جبراً عن المدين .

٧٥ — الحالة الثالثة من حالات استبدال الدخل الدائم جبراً عن المدين: إعسار المدين أو إفلاسه :

وقد نصت على حكم هذه الحالة الفقرة الثالثة من المادة ٥٤٧ من من التقنين المدني المصري بقولها « إذا أفلس - المدين - أو أعسر » ويتضح من هذا النص أن شهر إفلاس المدين بالدخل أو شهر إعساره يؤدي إلى سقوط الأجل(٣) مع ما يترتب عليه من أحكام وآثار طبقاً للقواعد السابقة في البند السابق ، ومن ثم يجوز للدائن بالدخل إجبار المدين المفلس أو المعسر على استبدال الدخل الدائم ورد رأس المال(٤) .

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي - المصدر السابق ص ٢٣٢ ، وأنظر :

Laurent op set, n 14 et 17. et jacob: op set, n 100

(٢) د. جمال زكي - السابق - الموضع السابق ، وراجع السنهوري - السابق ص ٤٩٩ - ٥٠٠

(٣) أنظر م ١/٢٧٣ من التقنين المدني المصري

(٤) أنظر : السنهوري - السابق ص ٥٠١ ، د: محمد كامل مرسي - المصدر السابق ص ٤٩٧ ، د . جمال زكي - المصدر السابق ص ٢٣١ ، . د محمد علي عرفة - المصدر - السابق ص ٣٩٨

المطلب الثانى

كيفية استبدال الدخل الدائم

٧٦ - ماهية الاستبدال وحالاته — تعداد :

١ - «يمكن تعريف استبدال الدخل الدائم : بأنه رد رأس المال إلى الدائن(١) .

وسواء أكان المدين هو الذى اختار الاستبدال أم كان الاستبدال تم جبراً عنـــه طبقاً لقواعد الاستبدال السابق بيان أحكامها فى المطلب السابق(٢) .

وتختلف طريقة الاستبدال باختلاف طريقة ترتيب الدخل ذاته، وقد ذكرت المـادة ٥٤٨ من التقنين المدنى المصرى كيفية استبدال الدخل «رد رأس المال» إلى الدائن بقولها .

« ١ — إذا رتب الدخل مقابل مبلغ من النقود تم الاستبدال برد المبلغ بتمامه ، أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك .

٢ — وفى الحالات الأخرى التى يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل»(٣) .

---

(١) د. محمد كامل مرسى — المصدر السابق ص٤٠٨ ، والسنهورى السابق ص ٥٠٢

(٢) أنظر الفقرات ٦٧ — ٧٦ من هذا البحث

(٣) يقابل هـذا النص فى التقنينات المدينة العربية الأخرى : التقنين المدنى السورى م٥١٦ «مطابق»، وفى التقنين المدنى الليبى م٥٤٧ «مطابق»، =

ويستبين من هذا النص أن كيفية وطريقة استبدال الدخل الدائم تستوجيب التمييز بين حالتين :-

الأولى إذا ترتب الدخل فى مقابل مبلغ من النقود .

الثانية : إذا ترتب الدخل فى مقابل غير النقود أو بدون مقابل .

وهانحن نتحدث عن هاتين الحالتين بشيء من التفصيل كل فى بند مستقل

٧٧ - كيفية استبدال الدخل الدائم إذا ترتب فى مقابل مبلغ من النقود :-

يترتب الدخل الدائم فى مقابل مبلغ من النقود إذا كان قرضا وكان مادفعه الدائن إلى المدين مبلغا من النقود ، أو إذا كان بيعا قدر فيه الثمن مقداراً معينا من النقود ثم حول إلى إيراد دائم(١) وهذا يعنى أن رأس المال عبارة عن مقدار معين من النقود معروفا ومحدداً منذ ترتيب الدخل ، استلمه المدين، وطريقة الاستبدال فى هذه الحالة هو رد المبلغ النقدى بتمامه(٢) إذ هو رأس المال الواجب رده إلى الدائن وقد تعين منذ البداية(٣) ويجوز الاتفاق بين الدائن والمدين على أن يكون المبلغ الواجب رده أقل من هذا المقدار(٤)

= وفى التقنين المدنى العراقى م ٦٩٧ (موافق) حيث تنص على أنه « (١) إذا رتب الدخل الدائم مقابل مبلغ من النقود تم الوفاء بأداء العوض أو برد مبلغ أقل منه إذا اتفق على ذلك (٢) - وفى الحالات الأخرى يتم الوفاء بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل » .

(١) د . عبد الرزاق السنهورى - السابق ص ٥٠٣

(٢) انظر : د . محمود جمال الدين زكى - المصدر السابق ص ٢٣٢

(٣) السنهورى - السابق - الموضع السابق

(٤) أنظر د . محمد على عرفه - المصدر السابق ص ٣٩٨ ، د محمد كامل مرسى - المصدر السابق ص ٤٠٨

« ويحمل ذلك على أن الدائن قد تبرع للمدين مقدماً بالفرق أو أنه عوض عن هذا الفرق بما قبضه من أقساط. روعي في تقديرها هذا التعويض »(١) .

أما الاتفاق على مبلغ أكبر مما دفعه الدائن بالدخل إلى المدين: فلا يجوز لأنه ينم عن شبهة الربا الفاحش(٢) ، بيد أن هذه الشبهة تنتفي إذا كان مجموع ما يقبضه الدائن لا يزيد عن فوائد رأس المال محسوبة بالسعر الأقصى للفوائد الاتفاقية .

٧٨ — كيفيه استبدال الدخل الدائم إذا ترتب في مقابل غير النقود أو بدون مقابل :

إذا ترتب الدخل الدائم في مقابل غير النقود ، كما إذا ترتب بمقتضى بيع جعل الثمن فيه رأساً دخلا دائماً دون تقدير سابق للثمن ، وكما إذا ترتب الدخل بمقتضى عقد قرض كان رأس المال فيه أشياء مثلية غير النقود ، وكان الدخل مبلغا من النقود . أو كان الدخل قد ترتب بدون مقابل أصلا كما هو الشأن في حالة ترتيب الدخل بموجب هبة أو وصية :

فني جميع هذه الحالات حدد المشرع الوضعي طريقة تقدير رأس المال حتى يمكن رده إذا أريد الاستبدال بأن « يتم الاستبدال بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانوني مساوية للدخل »(٤) .

---

(١) السنهوري - السابق ص ٥٠٣

(٢) مجموعة الأعمال التحضيريه جـ٤ ص ٤٣٦

(٣) أنظر : د. محمود جمال الدين زكي - المصدر السابق ص ٢٣٣

(٤) م ٥٤٨/٢ من التقنين المدني المصري

أى « يؤخذ مقدار الدخل فى السنة أساسا — أو ضابطا — لهذا التقدير، ويقدر رأس المال بحيث يكون هـذا الدخل هو فائدته محسوبة بالسعر القانونى ، فإذا كان مقدار الدخل فى السنة — مثلا — مائة جنيه فى مسألة مدنية ، قدر رأس المال بحيث تكون المائة هى فائدته محسوبة بسعر ٤٪ فيكون رأس المال فى هذه الحالة ألفين وخمسمائة »(١) جنيه

---

(١) د. عبد الرزاق السنهورى - المرجع السابق ص ٥٠٤

المبحث الثالث

الموازنة بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى
فى
أحكام استبدال الدخل الدائم

٧٩ — أوجه الاتفاق بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام استبدال الدخل الدائم .

استبان لنا من خلال عرض أحكام استبدال الدخل الدائم فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أنهما يتفقان فى :

(أ) قابلية الدخل الدائم للاستبدال فى أى وقت شاء المدين وبإرادته المنفردة تأسيسا على أن عقد الدخل الدائم من العقود الجائزة فى حقه ومن ثم كان قابلا للإلغاء بالإرادة المنفردة للمدين وفقا لضوابط هذا الإنهاء المذكورة فى موضعها .

(ب) يجوز للمتعاقدين فى كل من الفقه الإسلامى والقانون الوضعى أن يتفقا على تقييد حق الاستبدال . كما لو اتفقا على ألا يحصل الاستبدال طيلة حياة مستحق الدخل ، تأسيسا على أن هذا الاتفاق يعد بمثابة شرط لمصلحة الدائن تقره قواعد القانون الوضعى ، ولا تأباه قواعد الفقه الإسلامى تأسيسا على أن هذا التقييد هو بمثابة شرط تقييدى صحيح لم يرد من الشارع نهى صريح عنه ، وهو شرط يقتضيه عقد الدخل الدائم نفسه .

(ج) يتفق القانون الوضعى مع للفقه الإسلامى على أن استعمال المدين بالدخل لحق الاستبدال لايجوز إلا بعد إعلان الرغبة فى ذلك

باعتباره تصرفا من جانب واحد يجب أن يصل إلى علم الطرف الآخر ، وإلا استمر العقد منتجا لآثاره .

بيد أن الفقه الإسلامي يختلف عن القانون الوضعي في عدم اشتراطه مضي مدة معينة على ذلك الإعلان ، بينما يشترط القانون الوضعي أن تنقضي سنة على هذا الإعلان كي يعطى الدائن فسحة من الوقت يتدبر فيها أمره لاستثمار رأس ماله . ولا ريب أن الفقه الإسلامي كان أكثر دقة في عدم اشتراطه مثل ذلك الشرط ، وترك المدة الواجب انقضاؤها بعد الإعلان للعرف نظراً لاختلاف البيئة والظروف التي قد توجب مدة أقل أو أكثر من ذلك .

(د) يتفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - كقاعدة عامة - على جواز استبدال الدخل الدائم جبراً عن المدين إذا أخل بالتزامه كعدم دفعه أقساط الدخل في مواعيدها ، أو عدم دفعها بأوصافها المتفق عليها ، ومن ثم يفسخ العقد لعدم التنفيذ أو لسقوط الأجل ، أو لانعدام وسائل الضمان العام للدائن بالدخل طبقا لقواعد فسخ العقد لهذه الأسباب .

غير أنه يلاحظ أن القانون الوضعي اشترط لفسخ العقد ، استبدال الدخل ، جبراً عن المدين لعدم دفعه أقساط الدخل في مواعيدها . أن يتأخر في دفع أقساط الدخل سنتين متواليتين بعد إعذاره ، وهو مالم تشترطه قواعد الفقه الإسلامي لأن قواعد الفقه الإسلامي تترك للأعراف والعادات وضع ضوابط التفاصيل الجزئية التي يعسر على الشارع استقصاؤها بالنصوص وليس من المستحسن فيها ذلك الاستقصاء(١)

(١) مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام جـ ١ ص ٢٦ ط ٦٧ - ١٩٦٨ م

٨٠ — أوجه الاختلاف بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى فى أحكام استبدال الدخل الدائم :

يختلف للقانون الوضعى عن الفقه الإسلامى فى أمور أهمها : ـ

(أ) يقرر القانون الوضعى أن عقد الدخل الدائم عقد جائز فى حق المدين يجوز له إنهاؤه بالإرادة المتفردة وقتما يشاء سواء أصاب الدائن ضرر من جراء هذا الإنهاء أم لا ، بينما تقرر قواعد الفقه الإسلامى «عدم التعسف» فى استعمال هذا الحق ، ومن ثم فهى توجب تعويض الدائن عما عساه أن يلحقه من ضرر هذا الإنهاء .

(ب) يقرر القانون الوضعى أن الدخل الدائم إذا ترتب فى مقابل غير النقود ، كما لو ترتب الدخل بمقتضى عقد قرض كان رأس المال فيه أشياء مثلية غير النقود ، وكان الدخل مبلغا من النقود ، أو كان الدخل قد ترتب دون مقابل أصلا كما لو ترتب بموجب هبة أو وصية ، فإن الاستبدال فى — جميع هذه الحالات — يتم بدفع مبلغ من النقود تكون فائدته محسوبة بالسعر القانونى مساوية للدخل .

وهذا الأمر لاتقره قواعد الفقـــه الإسلامى ، إذ هو لايعدو أن يكون ربا محرم شرعاً بنصوص قاطعة حسبما فصلناه فى موضعة .

ومن ثم كان الفقه الإسلامى مختلفا تماما مع الفقـه الوضعى فى كيفية استبدال الدخل الدائم ، إذ أن المبلغ الواجب الرد طبقاً لقواعد الفقه الإسلامى هو المبلغ الذى دفعه الواهب فقط — طبقا لقواعد الرجوع فى الهبة — أو قيمة المبيع إذا ترتب الدخل بمقتضى عقد بيع ، على أن يخصم منه مقدار مادفعه المشترى من أقساط .

ولا يخفى ما فى هذا المنهج الإسلامى من عدالة ودقة جديرة بأن يحتذى بها فى مجال القانون الوضعى .

خاتمة البحث

إذا كان لنا من كلمة نختم بها هذا البحث ، فإننا لا نجد ثمة مقولة أبلغ من القول : أن « عقد الدخل الدائم » وإن كان غير ذى أهمية عملية كبرى - كما يتصور البعض - إلا أنه يصعب إنكاره ، - بل ويصعب - التقليل من أهميته .

وإذا كان المشرع القانونى المصرى قد خصص أربع مواد نظم فيها أحكام عقد الدخل الدائم من حيث ماهيته ، وكيفية ترتيبه ، وصوره ، وآثاره ، وقواعد انقضائه ؛ إلا أن نصيب هذا العقد كان أقل حظاً من قبل الفقه الإسلامى المعاصر الذى لم يتطرق إلى بحث أحكام هذا العقد الشائك ؛ ومن ثم كان - إلى هذا الحين - عقداً غير مسمى فى الفقه الإسلامى ، حيث لم يضع له الشارع إسماً معيناً ولا أحكاماً خاصة به ، فضلا عن أن ثمة صور عديدة لهذا العقد تأباها قواعد الفقه الإسلامى ، وتقرها قواعد القانون المدنى بنصوص صريحة وواضحة ، كما بيناها فى ثنايا البحث .

وحرى بالقانون المصرى وفقهه أن يسير وفق منهج الفقه الإسلامى بخصوص الصور الجائزة لترتيب الدخل الدائم حتى يتفق وأحكام الشريعة الإسلامية ، تأسيساً على أن تلك الشريعة الغراء تتسم أحكامها بالعمومية التامة ، والدقة المتناهية التى تعالج العلل الاجتماعية والمشكلات الاقتصادية الواقعة ، بل وتقى من تلك العلل والمشكلات ، وتوجه الأفراد نحو الالتزام بالأخلاق الإسلامية عند تنفيذ التزامهم وصولا إلى المستوى الأكمل فى حياتهم ومعاملاتهم الدينية والدنيوية .

ولا ندعى فى هذا البحث أننا قد بلغنا الكمال أو قربنا منه ، بل حاولنا أن يكون ذلك البحث مدخلا لاجتهادات الفقهاء المعاصرين يمكن أن يثروه بأفكارهم الخلاقة ، حتى يراه عامة المسلمين وفقهائهم يوما موضوعاً متكاملا

من جميع جوانبه الشرعية والقانونية ، وحسبنا فى ذلك أننا طرقنا الباب ـ فى موضوع جديد ومتجدد ـ غير مستأنسين برأى مسبق فى الموضوع ، وناقشنا جزئياته بموضوعية البحث العلمى المجرد ، أو هكذا تصورنا على الأقل .

فإن أكن وفقت فيما أبديت من آراء فذلك فضل الله يؤتيه من يشاء والله واسع عليم ،(١) ، وإن تكن آرائى وأفكارى ـ أو بعضها ـ قد جانبت الصواب : فزلة وتقصير ، أرجو أن يشفع لى فيهما جهدى الصادق الأمين ، إذ الأعمال بالنيات ، والله عليم بما تخفى الصدور .

تم بفضل الله وعونه ؟

وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين .

---

(١) سورة المائدة ـ آية رقم ٥٤

أهم مراجع البحث

(أ) المراجع الشرعية :

أولا: القرآن الكريم .

ثانيا : كتب التفسير وأحكام القرآن وعلومه :

١ ــ الجامع لأحكام القرآن للقرطبي : ط ١٣٥١ هـ ــ ١٩٣٣ م .

٢ ــ أحكام القرآن لأبي بكر أحمد بن على الرازى الجصاص ، ط المطبعة البهية مصر ١٣٤٧ هـ .

٣ ــ تفسير الطبرى ــ الطبعة الثالثة ، ١٩٦٨ م .

٤ ــ تفسير القرآن العظيم: لابن كثير ، ط الشعب ١٤٠٠هـ ــ ١٩٨٠م .

٥ ــ تفسير القرآن العظيم : المعروف بتفسير المنار الشيخ / محمد رشيد رضا ــ ط ١٩٧٢ م .

ثالثا : كتب الحديث النبوى الشريف وعلومه :

١ ــ الجامع الصحيح للبخارى ، ط ١٣٢٠ هـ .

٢ ــ سبل السلام شرح بلوغ المرام : للصنعانى ــ الطبعة الرابعة ١٣٧٩ هـ ــ ١٩٦٠ م .

٣ ــ مسند الإمام أحمد بن حنبل : ط بيروت (جـ ٦) .

٤ ــ نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار : للشوكانى ، ط مصطفى الحلبى .

رابعا : كتب اللغة:

١ ــ المصباح المنير ، جـ ٢ ط ١٣١٦ هـ .

٢ ــ القاموس المحيط للفيروزبادي جـ ١ ط ١٣٠١ هـ .

٣ - تاج العروس شرح القاموس : للزبيدى ، ط الدار المصرية للتأليف والترجمة .

خامساً : كتب الفقه :

(أ) كتب الفقه الحنفى :

١ - الأشباه والنظائر : لابن نجيم ط ١٢٩٨ هـ

٢ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع للكاسانى ط ١٣٢٨ هـ ، ط ١٩٨٠ م بيروت .

٣ - تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعى ، ط ١٣١٤ هـ .

٤ - الدر المختار : شرح تنوير الأبصار للحصكفى ط ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .

٥ - حاشية ابن عابدين (رد المحتار على الدر المختار) ط ١٣٨٦ هـ - ١٩٦٦ م .

٦ - فتح القدير لابن الهمام ط ١٣١٦ هـ .

٧ - الفتاوى الهندية : لجماعة من علماء الهند ط بولاق ١٣١٠ هـ .

٨ - المبسوط للسرخسى ط مطبعة السعادة .

(ب) كتب الفقه المالكى :

١ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ط المكتبة التجارية الكبرى .

٢ - حاشية الدسوقى على الشرح الكبير لابن عرفة الدسوقى المالكى ط ١٩٣٤ م .

٣ - شرح الخرشى على مختصر خليل ، ط بيروت .

٤ - الشرح الصغير للدرديرى ط دار المعارف ١٣٩٣ هـ .

٥ - الفرق للقرافى : ط ١٣٤٦ هـ .

٦ - المنتقى شرح الموطأ ط المطبعة التجارية .

٧ — المدونة الكبرى للإمام مالك ، ط دار الفكر .

٨ — مواهب الجليل للحطاب ط مطبعة السعادة ١٣٢٩ هـ .

(ﺟ) كتب الفقه الشافعى :

١ — الأم للإمام الشافعى ، ط الشعب ١٩٦٦ م .

٢ — الاشباه والنظائر للسيوطى : ط عيسى البابى الحلبى .

٣ — حاشيتا قليوبى وعميرة ، ط محمد على صبيح .

٤ — مغنى المحتاج : للشربينى ط ١٣٥٢ هـ ١٩٢٣ م .

٥ — المجموع للنووى : ط مطبعة الطباعة المنيرية .

٦ — المهذب للشيرازى ، ط ١٩٥٩ م .

٧ — نهاية المحتاج للرملى : ط ١٣٥٧ هـ .

(د) كتب الفقه الحنبلى :

١ — المغنى لابن قدامة : ط ١٣٤٧ هـ .

٢ — إعلام الموقعين عند رب العالمين لابن قيم الجوزية ، ط ١٣٢٥هـ.

٣ — الشرح الكبير على متن المقنع : لشمس الدين أبى الفرج بن قدامة ، ط ١٣٩٢ هـ .

٤ — شرح منتهى الإرادات : للبهوتى ، ط دار الفكر .

٥ — الطرق الحكمية لابن قيم الجوزية ، ط ١٩٥٣ م .

٦ — الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، ط ١٣٢٩ هـ .

٧ — القواعد النورانية لابن تيمية ط ١٩٥١ م .

٨ — القواعد : لابن رجب الحنبلى البغدادى ط ١٩٧١ م .

٩ — كشاف القناع على متن الإقناع للبهوتى ط ١٩٨٣ م .

(هـ) كتب الفقه الظاهرى والمذاهب الأخرى :

١ — المحلى لابن حزم ، ط ١٣٥٠ هـ .

٢ — البحر الزخار : لأحمد بن يحيى المرتضى ، ط ١٩٤٨م .

(و) كتب عامة وحديثة فى الفقه الإسلامى :

١ — الشيخ / أحمد أبو الفتح : المعاملات فى الشريعة الإسلامية والقوانين المصرية ، ط ١٣٣٤هـ — ١٩٢٢ م .

٢ — الشيخ / أحمد إبراهيم : المعاملات الشرعية المالية ، ط ١٣٥٥هـ — ١٩٣٦ م .

٣ — دكتور / الصديق محمد الضرير : الغرر وأثره فى العقود فى الفقه الإسلامى ، ط ١٩٦٧ م .

٤ — د . حسن على الشاذلى : الشرط فى العقد — دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون ، ط ١٩٦٨ م .

٥ — د . حسين حسان : حكم الشريعة الإسلامية فى عقود التأمين ، جدة ١٩٧٦ م .

٦ — فضيلة المرحوم : زكى الدين شعبان ، د . أحمد الغندور : أحكام الوصية والميراث والوقف فى الشريعة الإسلامية . ط ١٩٨٤ م .

٧ — د . شفيق شحاته : النظريه العامة للألتزامات فى الشريعة الإسلامية ، ط مطبعة الاعتماد .

٨ — د . عباس حسنى : الأشتراط لمصلحه الغير فى الفقه الإسلامى والقانون المقارن ، ط مطبعة عكاظ للنشر والتوزيع .

٩ — الشيخ / عبدالوهاب خلاف : علم أصول الفقه ، الطبعة السادسة سنة ١٩٥٦ م .

١٠ - الشيخ / على الخفيف :
(ا) أحكام المعاملات الشرعية ، ط ١٩٥٢ م .
(ب) أسباب أختلاف الفقهاء ، ط ١٩٥٦ م .
(ج) التصرف الإرادى والإراة المنفردة ، ط ١٩٦٤ م .

١١ - د . علاء الدين خروفة : عقد القرض فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى ، ط بيروت .

١٢ - د . عبد الباقى البكرى : شروط إنشاء العقد وعيوبه فى الفقه الإسلامى ، ط ٧٤ - ١٩٧٥ م

١٣ - د . عيسوى أحمد عيسوى : المدخل للفقه الإسلامى ، ط دار التأليف .

١٤ - د . عيسى عبدة : العقود الشرعية الحاكمة للمعاملات المالية المعاصرة ، ط ١٩٨٦ م .

١٥ - الشيخ / محمد أبو زهرة :
(ا) الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية ط ٧٧ - ١٩٧٨ م .
(ب) شرح قانون الوصية ، ط ١٩٥٠ م .

١٦ - د . محمد يوسف موسى : الأموال ونظرية العقد ، ط ١٩٥٢ م .

١٧ - د . محمد مصطفى الزرقا المدخل الفقهى العام إلى الحقوق المدنيه فى البلاد السورية ط ١٩٥٢ ، ط ١٩٦٨ م .

١٨ - د . محمد سلام مدكور :
المدخل للفقه الإسلامى ط ١٩٦٦ م .

١٩ - د . محمد البلتاجى : عقود التأمين من وجهة الفقه الاسلامى . ط ١٩٨٢ .

٢٠ - د . وهبة الزحيلى : الفقه الإسلامى وأدلته ، ط ٧٤ - ١٩٧٥ م .

[ب] المراجع القانونية :

أولا : باللغة العربية :

١ — د. أحمد حشمت أبو ستيت : مصادر الألتزام — ط١٩٥٢م.

٢ — د. أحمد السعيد شرف الدين : عقود التأمين وعقود ضمان الاستثمار «واقعها الحالي وحكمها الشرعي» ط ١٩٨٢ م.

٣ — د. أحمد نجيب الهلالي، د. حامد زكي: البيع والحوالة والمقايضة الطبعة الثانية.

٤ — د. اسماعيل غانم :

[ا] مصادر الألتزام ط ١٩٦٧ م.

[ب] الوجيز في عقد البيع ط ١٩٦٣ م.

٥ — د. اسماعيل عبد الغني شاهين :

[ا] أحكام مطالبة المدنيين المتضامنين بالدين — دراسة مقارنة — طبعة ١٩٨٨ م.

(ب) انقضاء العقد بالإلغاء والرجوع في القانون المـــدني دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي — على الآلة الضاربة — ١٩٨٢ م.

٦ — د. أنور سلطان : النظرية العامــة للالتزام — ١ — مصادر الألتزام ط ١٩٦٥ م.

٧ — الأستاذ / أنور العمروسي : التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية ط ١٩٨٠ م.

٨ — د. بدر اليعقوب : عقـد الهبة في القانون المدني الكويتي ، ط١٩٧٦ م.

٩ — د . توفيق فرج : نظرية العقد ، ط ١٩٦٩ م .

١٠ — د . جمال العاقل : عقد الهبـة بين الفقه الاسلامى والقانون المدنى ، ط ١٩٧٨ م .

١١ — د . جميل الشرقاوى : النظرية العامـــة للالتزام — مصادر الألتزام — ط ١٩٧٤ م .

١٢ — د . حسن كيرة : الحقوق العينية الأصليه — ط ١٩٧٥

١٣ — د . حسن الزنون :

(ا) النظرية العامة للفسخ فى الفقه الاسلامى والقانون المدنى ط ١٩٦٤ م .

(ب) محاضرات فى القانون المـــدنى العراقى — نظرية العقد — ط ١٩٥٦ م .

١٤ — د . رمضان أبو السعود : الحقوق العينيـة الأصلية — ط ١٩٨٠ .

١٥ — د . سمير تناغو :

(ا) المبادىء الأساسية فى نظرية الألتزام — مصادر الألتزام — ط دار المعارف بالأسكندرية .

[ب] عقد البيع — ط ٧٣

١٦ — د . سليمان مرقس : شرح القانون المـدنى الجديد حـ ٢ — الألتزامات ط ١٩٦٤ م .

١٧ — د . طلبة خطاب : أحكام الألتزام بين الشريعة والقانون — ط ١٩٨٣ م .

١٨ — د . عبد المنعم فرج الصدة :

[أ] مصادر الألتزام — ط ١٩٦٠ م .
[ب] حق الملكية — ط ١٩٦٤ م .

١٩ — د . عبد المنعم البدراوى : مصادر الألتزام ط ١٩٧٨ م .

٢٠ — د . عبدالناصر العطار : نظريه الإلتزام ط ١٩٧٦ م .

٢١ — د . عبد الفتاح عبد الباقى مصادر الألتزام فى القانون الكويتى نظرية العقد والارادة المنفرد ط ١٩٨٣ م .

٢٢ — د . عبد الرزاق السنهورى :

[أ] الوسيط فى شرح القانون المدنى حـ ٢ ط ١٩٥٨ م
[ب] مصادر الحق فى الفقه الاسلامى ط القاهرة ١٩٦٧ م .

٢٣ — د . عبد المجيد الحكيم : أحكام الألتزام ط ١٩٧٧ م

٢٤ — د . على البارودى : العقود وعمليات البنوك التجارية ط منشأة المعارف بالاسكندرية .

٢٥ — د . محمد كامل مرسى :

[أ] شرح القانون المدنى الجديد حـ ١ الألتزامات ط ١٩٥٤ م .
[ب] الحقوق العينية الأصلية ط ١٩٥٢ .

٢٦ — د . محمد على عرفه . التقنين المدنى الجديد ط ١٩٥٩ م .

٢٧ — محمود جمال الدين زكى :

(أ) العقود المسماة ط دار الكتاب العربي .
(ب) الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات فى القانون المدنى المصرى ط ١٩٨٧ م .

٢٨ — منصور مصطفى منصور : مذكرات فى القانون المدنى — العقود المسماة ، ط ٥٦ — ١٩٥٨ م .

٢٩ — د . نزيه المهدى : المدخل لدراسة القانون حـ ٢ ط ١٩٧٢ م .

ثانيا : باللغة الفرنسية :

1 — Baudry — lancatinerie et Wahl, de la société du prét du dépût, t. 23,

2 — jacob, De prét consommation français, paris 1901.

3 — Chsrtin (j) traité de droit civil des abligation le contrate, 1980.

4 — Jean—pierre. le droit des abligation au sénegal. 1981

5 — Lorent, principes de droit civil français, t 27.

6 — Mazeaud (h: l. et. j) : leçns de droit civil tome deuxiémé premier volume 6 éme édit. t. par chabas, 1978.

الفهـــرس

رقم الإيداع بدار الكتب

٤٨٦٧ / ١٩٨٨ م